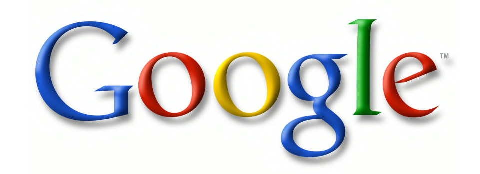
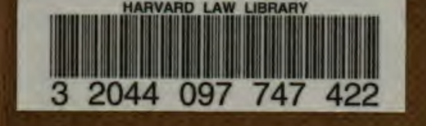







SIGILLVM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
CHRISTO ET ECCLESIAE
VE RI TAS

ZUR LEHRE

VON DER

CONVENTIONALSTRAFE

NACH RÖMISCHEM RECHT

VON

WILHELM VON SEELER,

MITGLIED DES RUSSISCHEN INSTITUTS FÜR RÖMISCHES RECHT
BEI DER UNIVERSITÄT ZU BERLIN.

HALLE.

MAX NIEMEYER.

1891.

12/19/27

SEINEN HOCHVEREHRTEN LEHRERN

DEM HERRN GEHEIMEN JUSTIZRATH

DR. ERNST ECK

ORD. PROFESSOR DER RECHTE ZU BERLIN

UND

DEM HERRN GEHEIMEN JUSTIZRATH

DR. ALFRED PERNICE

ORD. PROFESSOR DER RECHTE ZU BERLIN

IN

UNWANDELBARER DANKBARKEIT

GEWIDMET.

VORWORT.

Indem ich die vorliegende Abhandlung der Oeffentlichkeit übergebe, ist es mir Bedürfniss, meinen hochverehrten Lehrern, den Herren Geheimen Justizräthen Pernice, Eck und Dernburg meinen tiefempfundenen Dank auszusprechen für die mir von denselben zutheil gewordene unschätzbare Belehrung und Anregung, für die vielfache Förderung der vorliegenden Schrift, sowie für das lebhafte Interesse, welches dieselben meiner wissenschaftlichen Ausbildung jederzeit freundlichst zugewandt haben.

Berlin, den 30. November 1890.

Der Verfasser.

Inhaltsangabe.

Berichtigung störender Druckfehler.

S. 7 Z. 6 **vornehme**. — S. 10 Z. 19 ent**st**anden. — S. 16 Z. 26 solc**her**. S. 17 letzte Z. selbstständig**en**. — S. 18 Z. 6 von unten Strafver**sp**rechen. — S. 21 Z. 12 Nud**a**. — S. 23 letzte Z. Vgl. hiezu Seite **68 f. f.** — S. 52 Z. 12 **vorstehenden** statt verschiedenen. — S. 70 Z. 8 abgeschlossene**n**. — S. 77 Z. 24 nach Paulus nur dann **nicht** ein. — S. 80 Z. 14 Entscheidung**en**. — S. 94 Z. 1 der **ersten** statt der letzteren. — S. 95 Z. 14 Delic**t**e. -- S. 100 Z. 21 entschuldbaren. — S. 112 Z. 13 in **lib**. X. — S. 118 Z. 2 **ne** statt se. S. 119 Z. 12 **den** statt dem. — S. 121 Z. 8 **aus** statt uns. — S. 121 Z. 11 [1]) statt [2]). — S. 130 Z. 10 Strafverfall.

Einleitende Bemerkungen.

Das römische Processrecht der classischen Zeit wurde ausschliesslich von dem Grundsatz der pecuniaria condemnatio beherrscht.[1]) Das Urtheil und die Zwangsvollstreckung waren nicht auf den ursprünglichen Inhalt der Obligation gerichtet, vielmehr musste der Richter sich darauf beschränken, dem Kläger soviel Geld zuzusprechen, als der durch Nichterfüllung der Verbindlichkeit für ihn, den Kläger, entstandene Schaden betrug. In allen Fällen also musste das Vorhandensein und die Grösse eines Vermögensschadens bewiesen werden. Wenn nun auch der iudex bei diesem Verfahren nicht an formelle Beweisregeln gebunden war und das Vorhandensein eines bestimmten Schadens auch da anzunehmen befugt war, wo nach den Grundsätzen eines strengen Beweisrechts weder der Causalnexus noch die Höhe unzweifelhaft in Erweis gestellt waren[2]), so durfte der Gläubiger doch nie mit Sicherheit darauf rechnen, dass der judex seinen Angaben gegebenen Falls Glauben schenken, und ihm diejenige Summe zusprechen werde, die hinreichte, um ihn die Nichterfüllung seiner Forderung verschmerzen zu lassen. Die Verurtheilung des Beklagten auf den ursprünglichen Gegenstand der Obligation, welche heute in solchen

---

[1]) Gai Inst. IV § 48. Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est .... judex non ipsam rem condemnat eum, cum quo actum est .... sed aestimata re pecuniam eum condemnat.

[2]) fr. 3 § 2 de test. 22. 5. Callistratus (Rescriptum Divi Hadriani) ... Hoc ergo solum tibi rescribere possum summatim, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas, aut parum probatum tibi opinaris.

Fällen häufig eine Aushülfe gewährt, war dem classischen Rechte fremd.

Daher war die Lage des Klägers bei allen Klagen, die nicht auf certa pecunia oder den gemeinen Werth einer certa res gingen, und zu deren Durchführung er sein Interesse nachzuweisen hatte, eine äusserst unsichere und prekäre, es sei denn, dass er sich gewisser Hilfsmittel bedienen konnte, die das römische Recht in einzelnen Fällen dem Kläger gewährte; theils standen sie Jedem nach unmittelbarer gesetzlicher Vorschrift zu Gebote, theils waren sie den Privaten zu beliebiger Benutzung freigegeben. So stand aus gewissen Delicten (furtum, vi bona rapta) dem Geschädigten der Anspruch auf den doppelten resp. den vierfachen Werth der ihm entzogenen Sache zu, in anderen Fällen, z. B. bei den dinglichen Klagen, wurde dem Kläger gestattet, in Ermangelung anderer Beweismittel, sein Interesse zu beschwören. Hatte ferner eine Partei in Folge eines Innominatcontractes der anderen etwas geleistet, so blieb ihr, wofern ihr eine actio praescriptis verbis aussichtslos erschien, die Möglichkeit das gezahlte Geld oder den gemeinen Werth der geleisteten Sache zurückzufordern.

Bei allen Verträgen aber, deren Gegenstand ein facere war, oder wenn der gemeine Werth der versprochenen Sache das Interesse des Gläubigers nicht deckte, war dessen Lage eine gänzlich schutzlose, wofern er sich nicht im Stande fühlte sein Interesse nachzuweisen.

In diesen Fällen konnten die Contrahenten ihre Zuflucht zu denjenigen Hilfsmitteln nehmen, die das Gesetz zur beliebigen Benutzung bei Abschluss der Verträge freigegeben hatte; zu diesen aber gehörte namentlich die Vereinbarung einer Conventionalstrafe: Erfüllte der Schuldner die ihm obliegende Verbindlichkeit nicht, so forderte der Gläubiger die ausbedungene Geldstrafe, ohne dass er hierzu nöthig gehabt hätte, einen ihm durch die Nichterfüllung erwachsenen Schaden nachzuweisen.

Auch die Poenalstipulation ist nicht als von jeher vorhanden zu denken; gewiss finden sich Vorstufen im älteren Recht.

Es ist kaum zweifelhaft, dass in der frühesten Periode wirksam nur ein dare certam pecuniam und höchstens noch certam rem versprochen werden konnte.[1]) Sehr früh muss aber auch schon das

---

[1]) Vgl. Liebe, Die Stipulation, 1840, S. 32.

Bedürfniss aufgekommen sein, sich die Leistung einer ihrem Umfange nach zur Zeit nicht feststehenden Geldsumme oder Quantität fungibler Sachen sowie eine bestimmte Handlung eines Anderen zu sichern. Hierzu bediente man sich folgenden Mittels: man liess sich eine bestimmte Geldsumme unter der Bedingung versprechen, dass diejenige Leistung, welche man wünschte, von Seiten des Promittenten nicht erfolge. Dadurch erlangte der Stipulator eine gewisse Garantie dafür, dass der Promittent diese Handlung, deren Gegentheil in die Bedingung gesetzt war, vornehmen werde, um nicht zur Zahlung der bedingt zugesagten Geldsumme verpflichtet zu werden.

Diese Garantie war aber nur eine unvollkommene; der Schuldner war im Stande die Folgen zu übersehen, welche ihm drohten, wenn er jene Handlung unterliess, und falls nicht eine unverhältnissmässig hohe Strafe ausbedungen war (wozu sich ein Schuldner wohl nur selten verstanden haben wird), so konnte er, wenn ihm Solches in der Folge vortheilhafter wurde, die Erwartungen des Gläubigers täuschen und die bedingt zugesagte Geldsumme erlegen. Diesem konnte der Gläubiger auch nicht dadurch vorbeugen, dass er sich nebenbei die Handlung, auf die es ihm ankam, vom Schuldner direct versprechen liess, ein solcher Vertrag war, wie wir gesehen haben wirkungslos, und deshalb wird er denn auch unterblieben sein.[1])

Nachdem man sich nun an diese Art der bedingten Stipulationen gewöhnt hatte, lag es nahe dieselben auch anderen Zwecken dienstbar zu machen, z. B. es lag folgender Fall vor: Titius hatte dem Sejus 10 versprochen gegen Uebereignung des dem Maevius gehörigen fundus Cornelianus. Sejus wird mit dem Maevius dahin einig, dass dieser ihm das in Rede stehende Grundstück übereigne, der Werth des letzteren beläuft sich aber nur auf 9; wenn nun Sejus vom Maevius stipulirt: Fundum Cornelianum mihi dare spondes? und der letztere das Versprechen nicht hält, so ist der Schade des Sejus zunächst gleich 10, da ihm die von Titius zngesagten 10 entgehen. Der judex würde ihm aber nur 9 zusprechen, denn aus jener Stipulation entsteht eine actio stricti juris[2]), bei der nicht das Interesse des Klägers sondern nur der gemeine Werth des Gegenstandes berücksichtigt wird.[3]) Sejus würde also klüger thun, wenn

---

[1]) Vgl. unten § 9 das zu fr. 38 § 1 de V. O. Bemerkte.

[2]) Vgl. Keller, Der römische Civilprocess § 88.

[3]) Vgl. Savigny, System Band V S. 465 u. 466.

er statt obiger Stipulation folgende wählte: Si mihi fundum Cornelianum non dederis decem dare spondes? Doch auch diese Fassung hat ihre Mängel für den Gläubiger: durch irgend welche Umstände hebt sich vielleicht der Werth des Grundstückes, und als der Termin zur Uebereignung da ist, beträgt der Werth nicht mehr 9 sondern 12. Natürlich zieht Maevius es jetzt vor, anstatt des Grundstückes die versprochenen 10 herzugeben, und Sejus bedauert, dass er nicht die andere Stipulation abgeschlossen.

Wollte er sich daher für beide Eventualitäten sichern, so hätte er stipuliren müssen: Fundum Cornelianum dare spondes? Si non dederis decem dare spondes? Dann hätte er zufolge fr. 115 § 2 de V. O. 45. 1 die Wahl gehabt je nach Lage der Verhältnisse aus der einen oder der anderen Stipulation zu klagen.

Die Möglichkeit in derselben Weise zu verfahren, wenn es sich nicht um ein dare sondern um ein facere handelte, trat natürlich auch ein, als die stipulationes faciendi klagbar wurden.

Nachdem man in dieser Weise eine unbedingte und eine bedingte Stipulation verbunden abzuschliessen pflegte, wurde für letztere — und zwar, wie gezeigt werden soll, nur wenn sie in dieser Verbindung auftrat — die Bezeichnung stipulatio poenae üblich, womit gesagt sein sollte, dass sie eine Strafe für die Verletzung der ersten Stipulation enthalte. Insofern sie eine bedingte Stipulation war, fanden auch auf sie alle für jede bedingte Stipulation geltenden Regeln Anwendung; insofern aber der als Bedingung gesetzte Umstand — die Nichterfüllung eines bestimmten Vertrages war, mussten sich für sie besondere Regeln ausbilden, welche dieser besonders gearteten Bedingung entsprachen.

Es fragt sich nun, ob diese inhaltliche Abhängigkeit der Pönalstipulation von der Hauptstipulation sich auch in der Weise geltend mache, dass die erstere das rechtliche Schicksal der letzteren theilt, und namentlich

1. ob die Ungültigkeit der letzteren auch die Ungültigkeit der ersteren bewirke und
2. ob zum Verfall der Pönalstipulation eine Verletzung der dem Promittenten aus dem Hauptvertrage erwachsenen Verbindlichkeiten erforderlich sei?

Für das ältere Recht erscheinen beide Fragen sehr zweifelhaft, man wird aber dazu hinneigen, sie zu verneinen, wenn man erwägt, dass aus jeder der Stipulationen, wie das auch noch im spä-

teren Recht der Fall war, eine selbständige Klage entsprang, und dass die Alten bei Behandlung einer Klage sich streng an den Wortlaut der Stipulation hielten, ohne auch nur irgend welche ausserhalb liegende Umstände — wie hier das Vorhandensein einer zweiten Stipulation — zu berücksichtigen. Betrachtete man aber nur die Worte der Pönalstipulation, so ergab sich als Bedingung derselben nicht die Verletzung einer vertragsmässig begründeten Verbindlichkeit des Promittenten, sondern lediglich die Nichtvornahme einer bestimmten Handlung seitens des Promittenten, so dass die Gültigkeit der Pönalstipulation nur davon abhängig gemacht werden konnte, ob eine Stipulation „unter dieser bestimmten Bedingung zulässig und gültig sei"; als verfallen musste aber die Strafe jedesmal dann gelten, wenn der Promittent diejenige Handlung vornahm, die in die Bedingung gesetzt war, ohne Rücksicht darauf, ob die Vornahme dieser Handlung im einzelnen Falle nach Massgabe der Hauptstipulation berechtigt oder unberechtigt war.

In der Folge wurde dieser rein formale Gesichtspunkt verlassen, und das spätere Recht suchte in allen Fällen in erster Reihe die wirkliche Absicht der Contrahenten zu berücksichtigen.

fr. 34 de R. J. (50. 17) Ulpianus: Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est.

Bei so veränderten Grundsätzen musste denn auch die oben dargestellte Behandlung der Pönalstipulation einer freieren Auffassung weichen, und die inhaltliche Abhängigkeit derselben von der Hauptstipulation machte sich auch bei ihrer rechtlichen Beurtheilung geltend: jetzt galt als Bedingung der Pönalstipulation nicht einfach eine bestimmte Handlung oder Unterlassung, sondern die Verletzung der aus dem Hauptvertrage für den Promittenten entstehenden Verbindlichkeit. Daraus ergiebt sich denn, dass etwa für die Zeit Ulpian's beide oben gestellten Fragen unbedingt zu bejahen sind.[1])

---

[1]) In der Uebergangsperiode, als die oben geschilderte Natur der Pönalstipulation noch nicht zur allgemeinen Anerkennung gelangt war, mag es üblich geworden sein die Absicht, dass dieselbe als ein vom Hauptvertrage abhängiger Vertrag gelten solle, durch die Einschaltung der Worte „poenae nomine" zum Ausdruck zu bringen; dadurch deutete man an, dass die versprochene Geldsumme als Strafe für die Verletzung der Hauptverbindlichkeit zu entrichten sei; in späterer Zeit, als jene rechtliche Abhängigkeit bereits unbestritten war, erhielt sich zwar noch der

Die Richtigkeit dieses Satzes aus den Quellen darzuthun, soll die Aufgabe der vorliegenden Schrift bilden.

Es braucht kaum bemerkt zu werden, dass ein solcher Umschwung sich nicht über Nacht vollzogen haben kann, und dass auch die Pönalstipulation mehrere Entwicklungsstadien durchzumachen hatte, bevor sie in jener einem ausgebildeten Recht entsprechenden Gestalt erschien.

Die einzelnen Stadien nachzuweisen, und die Weiterbildung des Instituts in den verschiedenen Perioden im Ganzen zu verfolgen, erscheint nach Lage der Quellen vollkommen aussichtslos; daher müssen wir denn auch von einer eingehenden Darstellung dieses Entwicklungsganges Abstand nehmen, und werden uns darauf beschränken, nur im gegebenen Falle die Rückschlüsse auf frühere Perioden zu ziehen, die sich aus den in den Quellen referirten Aussprüchen älterer Juristen bezüglich einzelner Fragen ergeben.

Gebrauch dieser Clausel, aber dieselbe bildete nicht mehr ein wesentliches Erforderniss der Pönalstipulation.

Erster Abschnitt.

Der Begriff der Pönalstipulation.

---

§ 1. Allgemeines.

Die Pönalstipulation tritt überall, wo wir ihr in den Quellen begegnen, in der Form auf, dass der Promittent eine gewisse Leistung unter der Bedingung zusagt, dass er eine bestimmte Handlung vernehme oder unterlasse. Die Betrachtung der Quellen aber lehrt uns, dass die römischen Juristen die für die Pönalstipulation ausgebildeten Regeln keineswegs auf jede Stipulation anwenden, welche den obigen Erfordernissen entspricht.

Es wird also nöthig sein den Kreis zu begrenzen. Diese Nothwendigkeit ist von allen älteren und neueren Schriftstellern erkannt worden, nur war man darüber, wo die Grenzlinie zu ziehen sei, nicht immer einig.

Savigny (Obligationenrecht § 80) lehrt[1]: „Conventionalstrafe heisst ein bedingtes Versprecheu, Etwas zu geben, wenn dabei die Absicht zu Grunde liegt, auf das Gegentheil der ausgedrückten Bedingung hinzuwirken."

Damit soll, wie Savigny dieses selbst (a. a. O. Anm. b) erklärt, auch die einfach bedingte Stipulation d. h. eine solche, bei der auf das Gegentheil der in die Bedingung gesetzten Leistung ein Hauptvertrag nicht besteht, — unter gewissen Voraussetzungen, gleichfalls als Pönalstipulation gelten.

---

[1]) Soweit mir bekannt ist diese Ansicht zuerst von Donellus vertreten worden in den Commentarii ad. Tit. 1. Lib. 45 de V. O., Frankof. 1599 ad legem Impossibilis (7), ferner findet sie sich bei de Retes, de stipulatione poenali 1657, § 1 abgedruckt in Meermann's Thesauras, Tom. VII. Neuerdings wird sie wieder von O. Bähr aufgenommen in d. krit. Vierteljahrsschrift N. F., B. 9, 578 ff.

In einer anderen Beziehung ist diese Definition nicht ganz klar und lässt zwei Deutungen zu; in beiden wird sie aber kaum dem Wesen der Pönalstipulation gerecht. Es kann nemlich die Meinung sein, dass jene Absicht nicht beiden Contrahenten gemeinsam zu sein braucht, sondern nur beim Stipulator vorhanden sein muss; dann kann dieselbe aber auf den Inhalt und den juristischen Charakter des Vertrages einen Einfluss überhaupt nicht ausüben, da nur ein übereinstimmender Wille der Contrahenten für den Vertrag maassgebend ist (fr. 1. § 3 de pactis 2, 14).

Die Meinung kann ferner sein, dass jene Absicht beiden Contrahenten gemeinsam sein muss.

Sehen wir aber zu, ob es von den römischen Juristen für zulässig erklärt wurde, aus einem einfach bedingten Vertrage, den Savigny für eine Pönalstipulation erklärt, das Vorhandensein einer solchen den Contrahenten gemeinsamen Absicht zu entnehmen?

fr. 41. pr. de C. E. 18, 1. Julianus libro III ad Urseium Ferocem. Cum ab eo, qui fundum alii obligatum habebat, quidam sic emptum rogasset, ut esset is sibi emptus, si eum liberasset, dummodo ante kalendas Julias liberaret, quaesitum est, an utiliter agere possit ex empto in hoc, ut venditor eum liberaret. respondit: videamus quid inter ementem et vendentem actum sit. nam si id actum est, ut omni modo intra kalendas Julias venditor fundum liberaret, ex empto erit actio ut liberet, nec sub condicione emptio facta intellegetur, veluti si hoc modo emptor interrogaverit: ‚erit mihi fundus emptus ita, ut eum intra kalendas Julias liberes‘ vel ‚ita ut eum intra kalendas a Titio redimas‘. si vero sub condicione facta emptio est, non poterit agi, ut condicio impleatur.

Aus dieser Stelle entnehmen wir folgende zwei Sätze. Julian sagt:

1. wenn sich aus einem Kaufcontract die übereinstimmende Absicht der Parteien ergiebt, dass der Verkäufer innerhalb einer bestimmten Frist den Kaufgegenstand von einer darauf lastenden Hypothek befreien solle, dann entsteht für den Käufer ein klagbarer Anspruch auf diese Leistung.
2. wenn aber die Befreiung nur als Bedingung für den Kauf gesetzt war, dann kann auf Vornahme der in condicione befindlichen Handlung nicht geklagt werden, was im Zu-

sammenhang mit dem ersten Satze nichts anderes heissen kann, als dass es unzulässig sei, aus der blossen Beifügung der Bedingung zu entnehmen, die Parteien hätten die übereinstimmende Absicht gehabt, dass der Verkäufer das Grundstück befreien solle.

Die vorstehende Entscheidung enthält also nur die Anwendung des allgemeinen Satzes, dass die Beifügung einer Bedingung nicht dahin interpretirt werden könne, die Parteien hätten dadurch die in condicione befindliche Thatsache herbeiführen oder auf ihr Gegentheil hinwirken wollen; dieser Satz wird in den Quellen häufig ausgesprochen und namentlich, im Hinblick auf die Erbeseinsetzung, auch auf die einseitigen Rechtsgeschäfte ausgedehnt fr. 19 de hered. inst. 28. 5 u. 16 § 1 de vulg. et pup. subst. 28. 6.

So ergiebt sich denn, dass auch nach der Savigny'schen Definition die einfach bedingte d. h. die eines Hauptvertrages entbehrende Stipulation, aus dem Kreise der Pönalstipulationen ausscheiden muss; während es doch gerade Savigny's Absicht war, durch diese Definition die letztere gleichfalls in jenen Kreis hineinzuziehen.

Es ist nun nicht zu verkennen, dass im heutigen Recht die Interpretation der Verträge eine noch freiere geworden ist, und insoweit ist O. Bähr a. a. O. S. 580 Recht zu geben, dass der moderne Richter, wenn er die Ueberzeugung gewinnt, die Parteien hätten durch den Abschluss eines bedingten Vertrages „das Gegentheil der gestellten Bedingung erreichen wollen“ ohne Zweifel diese übereinstimmende Absicht der Parteien berücksichtigen wird. Derselbe Richter wird aber in einem solchem Falle anerkennen müssen, dass hier die Parteien einen Vertrag auf „das Gegentheil der gestellten Bedingung“ stillschweigend geschlossen haben, so dass also dann keineswegs in der Verbindlichkeit zur Strafzahlung „die ganze Verpflichtung des Versprechenden aufgeht“ (Bähr a. a. O. S. 581); vielmehr würde ein solcher Vertrag dem Schuldner zwei Verpflichtungen auferlegen: 1. die in condicione befindliche Handlung zu unterlassen und 2. wenn er sie dennoch vornimmt eine Strafe zu zahlen. Dann läge allerdings eine Pönalstipulation vor, und zwar aus dem Grunde — den Bähr v. Nettelbladt[1]) gegenüber be-

---

[1]) Fr. Frz. Freiherr von Nettelbladt, Der Strafvertrag nach gemeinem Recht, Inaugular-Abhandlung, Ludwigslust 1886.

streitet — weil auf das Gegentheil der in condicione befindlichen Handlung eine Verbindlichkeit des Promittenten besteht.

Im römischen Recht konnte, wie wir gesehen haben, eine solche Verbindlichkeit durch die blosse Beifügung einer Bedingung nicht begründet werden; hiezu war vielmehr ein auch formell selbstständiger Vertrag erforderlich.

§ 2. Das Erforderniss eines Hauptvertrages.

Mit dem Schlusssatz des vorigen § haben wir die vielfach erörterte Frage berührt, ob nach römischem Recht zum Begriff der Pönalstipulation eine sog. Hauptobligation gehöre? Diese Frage kann weder unbedingt bejaht[1]) noch unbedingt verneint[2]) werdeu, sie ist theils zu eng, theils zu weit gefasst. Erforderlich und genügend ist vielmehr ein Hauptvertrag zwischen den rei[3]).

Damit soll zweierlei gesagt sein:

1. Es genügt für den Begriff der Pönalstipulation nicht, dass auf das Gegentheil der in condicione befindlichen Leistung eine Obligation bestehe, die nicht durch einen Vertrag, sondern etwa durch Delict oder gesetzliche Vorschrift entsianden ist.
2. Die Conventionalstrafe kann dagegen auch auf die Nichterfüllung eines solchen Vertrages gesetzt sein, der eine Obligation nicht begründet, sondern aufhebt oder modificirt.

---

[1]) Vangerow III § 614 Anm.; Windscheid II § 285 und besonders S. 108 oben; Nettelbladt a. a. O. spricht bald von einem Vertrage (S. 27 unten) bald von einer Obligation (S. 28); Sintenis II § 88.

[2]) Eine Hauptobligation halten für nicht erforderlich — ausser den auf Seite 7 Anm. 1 citirten — noch folgende Schriftsteller: C. F. Wolff, Zur Lehre von der Mora. 1841. S. 17 und Arndts § 211 d.

[3]) Einen Hauptvertrag oder ein Hauptversprechen halten für erforderlich: Lauterbach, De poena conventionali (Responsor Reus) 1666 in den Diss. acad. Vol. III, S. 416. Cap. II 3. Brissonius De formulis, liber VI, Nr. 178 u. 179. Kersten, De poena conventionali Diss. inaug. 1839. Cap. III, S. 12 ff. Georgius Jäger, De stipulatione poenali. Com. inaug. Jenae 1839, S. 10. R. A. Wellenberg, De poena conventionali. Diss. inaug. 1861, handelt ausführlich darüber S. 4—6 und endlich Dernburg, II, § 46: „Konventionalstrafe ist eine zur Strafe der Nichterfüllung, der unvollständigen oder der unpünktlichen Erfüllung eines Versprechens bedungene Leistung.

Wir lassen nun die Quellenzeugnisse folgen:

a) Ausdrücklich ist das Erforderniss eines Hauptvertrages überall da ausgesprochen, wo die Juristen den Begriff der Pönalstipulation allgemein definiren und zwar in

fr. 137 § 7 de V. O. (45. 1) Venulejus libro primo stipulationum. Si ut aliquid fiat stipulemur, et usitatius et elegantius esse Labeo ait sic subici poenam: 'si ita factum non erit': at cum quid ne fiat stipulemur, tunc hoc modo: 'si adversus ea factum erit', et cum alia fieri, alia non fieri conjuncte stipulemur, sic comprehendendum: 'si non feceris, si quid adversus feceris.'

Mit dieser Stelle fast wörtlich übereinstimmend § 7 de V. O. 3. 15.

Ganz besonders aber spricht für unsere Auffassung die folgende Stelle, in der Justinian doch offenbar bemüht war, eine möglichst ausreichende Definition der Pönalstipulation zu geben:

c. 12 de C. et C. Stip. 8. 37. Imp. Justinianus A. Menae pp. Magnam legum veterum obscuritatem ... amputantes sancimus, ut, si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum se stipuletur vel quae stipulator voluit promiserit et addiderit, quod si statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit sq.

In allen angeführten Stellen wird ausdrücklich ausgesprochen, der Inhalt der Pönalstipulation bestehe darin, dass der Promittent eine bestimmte Leistung zusage für den Fall, dass er ein anderes von ihm dem Stipulator gegebenes Versprechen nicht halte.

b) Ferner können wir aus fast allen Quellenstellen, welche die Conventionalstrafe betreffende Einzelentscheidungen enthalten, entnehmen, dass in ihnen ausdrücklich von einem Hauptvertrage geredet wird, auf dessen Nichterfüllung die Strafe gesetzt ist. Wegen der grossen Anzahl dieser Stellen, lassen wir nur die Citate folgen.

Institutionum Tit. 3. 10. §§ 19 u. 21.

Digestorum Tit. 2. 11. L. L. 2 § 3, 8, 9 § 1. Tit. 2. 14. L. 10 § 1. Tit. 2. 15 L. L. 15, 16. Tit. 4. 8. L. 52. Tit. 9. 2. L. 22. Tit. 10. 2. L. 25 § 13. Tit. 17. 2. L. L. 41, 42, 71 pr. Tit. 19. 1. L. L. 13 § 26, 28. Tit. 19. 2. L. 54 § 1. Tit. 21. 2. L. 56 pr. Tit. 22. 1. L. L. 9 pr. 12, 44. Tit. 22. 2. L. L. 8. 9. Tit. 23. 4. L. 12 § 2. Tit. 44. 4. L. 4 § 7. Tit. 44. 7. L. 23. Tit. 45. 1. L. L. 2 § 6, 3, 5 § 3 u. § 4, 38 § 4 u. § 17, 68, 69, 71, 77, 81, 85 § 6, 90, 97 pr., 115 pr. u. § 1 u. § 2, 122 § 2 u. § 3 u. § 6, 126 § 2 u. § 3, 132 pr., 134 pr. Tit. 46. 5. L. 11.

Codicis Tit. 2. 3. L. 14. Tit. 4. 32. L. 15. Tit. 8. 37. L. 12. Tit. 8. 38. L. 2.

c) Gegen unsere Ansicht werden in der Regel einige Stellen angeführt, in denen die römischen Juristen zwischen der selbstständigen bedingten Stipulation und der einem Hauptvertrage beigefügten einen Unterschied angeblich nicht statuiren. Wir werden aber sehen, dass diese Stellen unsere Ansicht gerade unterstützen. Es sind dieses:

fr. 115 § 2 de V. O. (45. 1) Papinianus libro II. quaestionum.

Item si quis ita stipuletur: 'si Pamphilum non dederis, centum dari spondes? 'Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desisset posse Pamphilum dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quominus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. Itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti 'si Pamphilum non dederis, tantum dare spondes?', sed ita concepta sit stipulatio: 'Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes?' quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur, sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur aut pecunia petatur.

Es handelt sich hier um die Interpretation der bedingten Stipulation; si Pamphilum non dederis C dari spondes? Nach Pegasus soll dieselbe verfallen, wenn es gewiss ist, dass Pamphilus nicht gegeben werden könne, also wenn er gestorben ist; nach Sabinus soll der Verfall aber nur so lange aufgehalten werden, als die Uebergabe des Pamphilus nach der Natur der Leistung bewerkstelligt werden konnte. Papinian, auf dessen Entscheidung es uns hier vorläufig ankommt, billigt die Meinung des Sabinus — wenn auf das Gegentheil der in condicione befindlichen Unterlassung eine zweite Stipulation geschlossen war, damit spricht er aus, dass in dem anderen Fall, wenn eine selbstständige bedingte Stipulation geschlossen ist, die Meinung des Pegasus den Vorzug verdiene.

Wir müssen diese Stelle später (§ 17) noch eingehend erörtern, hier genügt es, darauf hinzuweisen, dass Papinian zwischen der einfach bedingten, und der von einem Hauptvertrage abhängigen Stipulation einen wesentlichen Unterschied statuirt, und dass er diejenigen Regeln, welche, wie wir später sehen werden, die der Pönalstipulation sind, nur auf die letztere anwendet.

Die zweite Stelle ist fr. 44 § 5 u. § 6 de O. et A. (44. 7) Paulus l. LXXIV. ad edictum.

§ 5 Si ita stipulatus sim: 'si fundum non dederis, centum dare spondes?' sola centum in stipulatione sunt, in exsolutione fundus.
§ 6. Sed si navem fieri stipulatus sum et, si non feceris, centum, videndum, utrum duae stipulationes sint, pura et condicionalis, et exitens sequentis condicio non tollat priorem? an vero transferat in se et quasi novatio prioris fiat? quod magis verum est.

Die materielle Frage, welche Paulus erörtert, gehört in ein anderes Gebiet als das unsrige ist; es handelt sich darum, ob nach Verfall der Strafe nur auf diese, oder auch auf den Gegenstand des Hauptvertrages geklagt werden kann. Ueber die Interpretation dieser Stelle besteht viel Streit[1]), soviel ist aber jedenfalls unstreitig, dass Paulus die beiden Stipulationen: 'si fundum non dederis, centum dare spondes?' und 'si navem non feceris, centum dare spondes' aus dem Grunde verschieden beurtheilt, weil die erste selbstständig geschlossen, die zweite aber von einem Hauptvertrage abhängig gemacht ist.

d) Einige neuere Schriftsteller führen zum Beweise des Satzes, dass eine Pönalstipulation in den Quellen auch ohne einen Hauptvertrag anerkannt werde, folgende Stellen an:

fr. 8 de V. O. (45. 1) Paulus libro II ad Sabinum.
In illa stipulatione: 'si kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes?' mortuo homine quaeritur, an statim ante kalendas agi possit. Sabinus Proculus exspectandum diem actori putant, quod est verius: tota enim obligatio sub condicione et in diem collata est et licet ad condicionem committi videatur, dies tamen superest. sed cum eo, qui ita promisit: 'si intra kalendas digito caelum non tetigerit 'agi protinus potest. haec et Marcellus probat.
fr. 61 de V. O. (45. 1) Julianus libro II ad Ursinum Ferocem.

---

[1]) Vgl. dazu Liebe, a. a. O. S. 313. v. Salpius, Novation und Delegation. 1864. S. 518. Salkowski, Zur Lehre von der Novation. 1866. S. 201.

Stipulatio hoc modo concepta: 'si heredem me non feceris, tantum dare spondes?' inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.

fr. 123 eodem Papinianus libro primo definitionnm. Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet.

Ich vermag nun nicht einzusehen, was diese Stellen beweisen, sollen; weder werden sie von ihren Verfassern als Pönalstipulationen bezeichnet. noch wird aus ihnen irgend eine Regel abgeleitet, die mit den allgemeinen Grundsätzen über alle bedingten Stipulationen nicht im vollsten Einklang stände; und was speciell das fr. 123 anbetrifft, so hat Ravit[1]), wie ich glaube mit vollstem Recht, darauf hingewiesen, dass dieses überhaupt nicht nur von bedingten sondern auch von unbedingten Stipulationen redet.

e) In weit höherem Masse scheinen folgende Stellen, wenigstens auf den ersten Blick, die Ansicht der Gegner zu unterstützen.

fr. 68 de V. O. (45. 1) Paulus libro secundo ad edictum.

Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses certa est et utilis stipulatio.

fr. 85 § 6 eod. Idem libro LXXV ad edictum.

Item si ita stipulatio facta sit: 'si fundus Titianus datus non erit, centum dari?' nisi totus detur, poena committitur centum rel.

In beiden Fragmenten werden einfach bedingte Stipulationen angeführt, ohne dass eines Hauptvertrages Erwähnung geschieht, und dennoch bezeichnet der Jurist (in beiden Fällen Paulus) dieselben ausdrücklich als Pönalstipulationen — es wird aber auch keineswegs gesagt, dass ein Hauptvertrag nicht abgeschlossen sei, ja es ist sogar anzunehmen, dass der Jurist, indem er das Wort poena gebraucht, zur Genüge angedeutet zu haben glaubt, dass er hier eine Strafsumme im Auge habe, die auf Verletzung eines Vertrages gesetzt sei. Diese Annahme wird zur Gewissheit, wenn wir die beiden nachstehenden Stellen ins Auge fassen:

1) fr. 15 de nov. (46. 2) Julianus libro XIII Digestorum:

Si creditor poenam stipulatus fuerat, si ad diem pecunia soluta non esset, novatione facta non committitur stipulatio.

Julian sagt: es ist eine Strafe für den Fall versprochen worden, dass eine bestimmte Geldsumme an einem bestimmten Tage nicht

---

[1]) A. Ravit, Ueber unsittliche Bedingungen und Verträge im Archiv f. civ. Praxis. B. 58 N. F. 8. S. 44.

gezahlt sei; dass auch auf die Zahlung der Geldsumme ein Vertrag bestehe, wird nicht gesagt. Wenn nun, fährt der Jurist fort, eine Novation vollzogen wird, verfällt die Strafe nicht. Es entsteht die Frage: was ist das für ein Vertrag, der novirt sein soll? Die Pönalstipulation kann doch gewiss nicht gemeint sein, denn dann enthielte die Entscheidung etwas so Selbstverständliches, dass Julian sie wohl kaum in seinen Digesten verewigt hätte. Offenbar kann dieses nur der Hauptvertrag auf Zahlung der Geldsumme sein, und dass ein solcher vorhanden ist, glaubt Julian nicht ausdrücklich erwähnen zu müssen: es liegt in dem Worte poena.

2) fr. 40 de jurejur (12. 2) Julianus libro XIII digestorum. Jusjurandum a debitore exactum efficit, ut pignus liberetur: est enim hoc acceptilationi simile: perpetuam certe exceptionem parit. idcirco poenam quoque petentem creditorem exceptione summoveri oportet et solutum repeti potest, utpote cum interposito eo ab omni controversia discedatur.

Diese Stelle ist aus demselben Buch der Julian'schen Digesten, wie die vorige, und stimmt auch inhaltlich mit derselben vollkommen überein: Es wird gleichfalls ohne ausdrückliche Erwähnung eines Hauptvertrages von einer Strafe geredet, und auch hier kann der Eid sich nur auf den Hauptvertrag beziehen, dessen Vorhandensein der Jurist durch den Gebrauch des Wortes poena genügend angedeutet zu habon glaubt.

f) Endlich wird noch von einigen Schriftstellern[1] die Behauptung aufgestellt, eine Vertragsstrafe komme nicht nur bei vertragsmässig begründeten Forderungsrechten vor, sondern auch bei solchen, die auf einem Delict oder auf unmittelbarer gesetzlicher Vorschrift beruhen.

Es ist nicht zu verkennen, dass ein Versprechen der letzteren Art in vielen Punkten an die Pönalstipulation erinnert, auch hier besteht die Bedingung nicht einfach in einer Handlung oder Unterlassung, sondern in einem obligationswidrigen Verhalten des Promittenten, so dass die Frage, ob die Stipulation verfallen, nicht nur einer thatsächlichen, sondern auch einer rechtlichen Feststellung bedarf.

Demgegenüber muss aber darauf hingewiesen werden, dass ein solches Strafversprechen nie ohne besondere Veranlassung gegeben

---

[1]) Windscheid § 285.

werden wird, es wird sich Niemand dazu verstehen, eine ihm obliegende Verpflichtung ohne besonderen materiellen Verpflichtungsgrund noch in dieser Weise zu verstärken.

Der letztere kann nun darin bestehen, dass der Gläubiger gewisse dem Schuldner günstige Modificationen bezüglich der Erfüllung der Hauptobligation einräumt, also namentlich einige Prätensionen aufgiebt oder den Termin weiter hinausschiebt, wie dieses z. B. in den noch später zu besprechenden fr. 122 § 6. V. O. 45. 1 und 12 § 2 de P. D. 23. 4 der Fall ist, dann aber ist die Strafe nicht auf Verletzung der gesetzlich begründeten, sondern der vertragsmässig modificirten Verpflichtung gesetzt.

Allerdings ist es auch denkbar, dass der Gläubiger ausser der Zusage der Strafe auch die ungeschmälerte Erfüllung seiner Forderung wünscht, und den Schuldner durch eine besondere, etwa in Geld bestehende, Vergütung zur Ertheilung des Strafversprechens veranlasst, in einem solchen Falle wird er aber in der Regel, um eine sichere Basis für die Zukunft zu gewinnen, von dem Schuldner noch ein ausdrückliches Erfüllungsversprechen seiner Verpflichtung fordern, wodurch dann wiederum ein Hauptvertrag gegeben ist.

Jedenfalls müssen wir annehmen, dass das nackte Versprechen einer Strafe für den Fall der Nichterfüllung einer gesetzlich begründeten Verpflichtung, den wirthschaftlichen Bedürfnissen und den Gewohnheiten des Verkehrslebens in Alterthum und Neuzeit nur wenig entspricht, da weder in den Quellen noch in den Entscheidungen moderner Gerichte, soweit mir letztere zu Gesichte gekommen sind, ein solcser Fall erwähnt wird, und daher sind wir denn auch garnicht in der Lage mit Sicherheit anzunehmen, dass die Römer hier eine vollkommene Analogie beobachtet hätten, umsomehr als namentlich in einem Punkt auch eine begriffliche Verschiedenheit wahrzunehmen ist: Wir haben bereits gesehen, dass das Versprechen einer bestimmten Leistung für den Fall der Nichterfüllung einer durch Gesetz oder Delict begründeten Obligation — einer selbsständigen causa im Sinne eines materiellen Verpflichtungsgrundes bedarf, während dieses bei der Pönalstipulation nicht der Fall ist, hier steckt die causa bereits im Hauptvertrage, und diese — wenn man so sagen darf — causale Abhängigkeit ist es gerade, die in vielen Beziehungen, wie sich später ergeben wird, der Pönalstipulation ihren eigenartigen juristischen Character verleiht.

In derselben Weise muss denn auch die Frage verneinend beantwortet werden, ob eine Pönalstipulation **nach** bereits durch Vertrag begründetem Forderungsrecht abgeschlossen werden kann[1]): in beiden Fällen ist das Versprechen einer Strafe als selbsständiger Vertrag zu beurtheilen[2]).

Mit dem Vorigen steht die Frage im Zusammenhang, ob das Versprechen einer Leistung, für den Fall, dass der Promittent eine

---

[1]) Windscheid, II, S. 108.

[2]) Eine ganz besonders characteristische Consequenz der causalen Abhängigkeit der in continenti ertheilten Pönalstipulation von dem Hauptvertrage mag schon hier Erwähnung finden; es handelt sich um einen Fall, der zwar wenig praktisch ist, aber die im Text gemachte Unterscheidung besonders deutlich hervortreten lässt: A ertheilt dem B in Schenkungsabsicht das Versprechen ihm ein bestimmtes Pferd zu übereignen, wobei er sich zugleich verpflichtet, für den Fall, dass er seinem Schenkungsversprechen nicht nachkommen sollte, als Strafe 100 zu zahlen; dem Schenker steht bekanntlich das beneficium competentiae zu; wenn nun A das Pferd nicht übereignet und B auf Zahlung der Strafe von 100 klagt, soll dann dem A das beneficium gewährt werden? das ist entschieden zu bejahen, denn die in continenti ertheilte Pönalstipulation hat keinen selbstständigen materiellen Verpflichtungsgrund, der letztere ist ihr vielmehr mit dem Hauptversprechen gemeinsam, und mithin für beide — die Schenkungsabsicht.

Aendern wir nun die species facti dahin: A verspricht dem B ein bestimmtes Pferd zu schenken; nach einiger Zeit, während welcher B verschwenderisch gelebt und in den Verdacht des Vermögensverfalls gerathen ist, wendet B sich an ihn mit folgendem Vorschlag: Ich fürchte du wirst dein Versprechen nicht erfüllen, und möchte mich für diese Eventualität sichern; ich zahle dir sofort 10, und du versprichst mir dagegen, falls du mir das Pferd nicht übereignen solltest, eine Strafe von 100 zu zahlen. A geht darauf ein, kommt aber seiner Verbindlichkeit aus dem Schenkungsversprechen nicht nach; wenn nun B auf Zahlung der Strafe klagt, ist dann dem A gleichfalls das beneficium competentiae zuzugestehen? Gewiss nicht, denn hier hat die Zusage der Strafe einen selbstständigen materiellen Verpflichtungsgrund; diese Zusage ist nicht donandi animo, sondern als Entgelt für die gezahlten 10 ertheilt worden, sie ist daher keine Pönalstipulation im Sinne der römischen Juristen, sondern ein auf eigenen Füssen stehender Vertrag. Daraus folgt denn auch, dass bei Strafversprechen der letzteren Art die Grundsätze der cautio indiscreta Platz greifen müssen; wenn also auf die Nichterfüllung einer auf dem Gesetz beruhenden oder durch Rechtsgeschäft bereits begründeten Verbindlichkeit eine Strafe gesetzt wird, so kann ein solches Versprechen von dem Promittenten mit Erfolg angefochten werden, wofern der Stipulator nicht beweist, dass das Versprechen auf einem selbstständigem

bestimmte unsittliche Handlung vornehmen werde, als eine Pönalstipulation aufzufassen sei?[1])

Hiergegen sprechen nicht nur die soeben dargelegten Bedenken, sondern auch noch andere. Zwar besteht auch hier die Bedingung nicht einfach in der Vornahme einer bestimmten Handlung, sondern in der pflichtwidrigen Vornahme derselben. Der wesentliche Unterschied liegt aber darin, dass hier die verletzte Pflicht eine sittliche — dort eine rechtliche ist. Das Vorhandensein der letzteren und ihre Verletzung wird nach positiver Gesetzesvorschrift erkannt, so dass sich stets ein objectiver juristischer Massstab dafür finden lässt, ob eine solche Pflicht vorliegt und ob gegen dieselbe verstossen ist; anders bei der ersteren: hier entscheiden nicht feste Satzungen und allgemein gültige Regeln, sondern massgebend ist die freie Ueberzeugung des Richters.

Das Vorhandensein und die Verletzung der gesetzlich obliegenden Pflicht ist also Frage der rechtlichen Feststellung — der sittlichen Pflicht lediglich Frage der thatsächlichen Feststellung, und aus diesem Grunde kann bei letzterer von einer Pönalstipulation nicht geredet werden, denn für die Gültigkeit und die Voraussetzungen des Verfalls der Pönalstipulation handelt es sich — wie bereits erwähnt — nicht um eine quaestio facti, sondern um eine quaestio juris.

§ 3. Die Arten des Hauptvertrages.

Wir haben also gesehen, dass nicht jede Obligation geeignet ist, die Grundlage für eine Pönalstipulation abzugeben, sondern nur eine solche, die durch einen Vertrag begründet ist, es erübrigt noch den Satz näher auszuführen, dass eine Hauptobligation überhaupt nicht erforderlich ist, sondern dass auch ein solcher Vertrag genügt, der eine bestehende Obligation aufhebt.

Dass ein Vertrag nicht nur die Bestimmung haben kann eine Obligation ins Leben zu rufen, dass er vielmehr auch einerseits

---

Schuldgrund beruhe; eine solche Beweispflicht liegt dem Kläger nicht ob, wenn ihm das Strafverbrechen in continenti ertheilt war, weil es in diesem Falle, gleich einem pactum adjectum, auf dem Schuldgrund des Hauptversprechens ruht.

[1]) fr. 121 § 1 de V. O. 45. 1. Papinianus libro XI responsorum ..... mulier ab eo, in cujus matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinae tempore matrimonii consuetudinem repetisset.

eine directe dingliche Wirkung äussern, und anderseits den Zweck haben kann eine bereits bestehende Obligation abzuändern oder aufzuheben, muss als festtehend betrachtet werden [1]), es würde sich hier nnr darum handeln, die Beziehungen dieser verschiedenen Verträge zu der Pönalstipulation zu erörtern.

Was zunächst den dinglichen Vertrag [2]) betrifft, so kann dieser als Grundlage einer Pönalstipulation nicht gedacht werden, denn durch ihn wird ein absolutes Recht begründet, es wird nur eine Veränderung in der Sachenwelt bewirkt, ohne dass für den einen der Contrahenten eine Forderung für den anderen eine Verbindlichkeit entstände, während doch die Pönalstipulation gerade darauf gerichtet ist, dass eine bestimmte Geldsumme für den Fall einer solchen Handlung oder Unterlassung gezahlt werde, zu deren Gegentheil der Promittent sich im Hauptvertrage verbindlich gemacht hat.

Dem steht nicht entgegen, dass bei dem dinglichen Vertrage der Servitutenbestellung Pönalstipulationen üblich waren; hier bezogen sich die letzteren auf jenen Vertrag nicht insoweit er dingliche, sondern insoweit er obligatorische Rechte hervorrief. Die Sache lag so: Zunächst wurde eine auf gegenwärtige Einräumung der Servitut gerichtete pactio abgeschlossen — (ob dieselbe formfrei oder in Stipulationsform üblich war ist bestritten) — und dieser wurde dann noch eine förmliche promissio von Seiten des

---

[1]) Vgl. Savigny System III. Seite 312. Obligationenrecht II, § 52. Unterholzner I. S. 23. Sintenis § 96 Anm. 1. Dernburg I, S. 212.

Der Begriff des Vertrages in dieser ausgedehnten Bedeutung war übrigens der Systematik der römischen Juristen fremd, weder hatten sie einen gemeinsamen Namen für alle jene Rechtsgeschäfte, noch auch haben sie irgendwelche gemeinsame Regeln für dieselben entwickelt; damit soll jedoch keineswegs gesagt sein, dass jener Begriff einer Erfindung moderner Theoretiker seine Entstehung verdankt, die Thätigkeit der letzteren ist vielmehr nur darin zu suchen, dass sie gewisse Einzelentscheidungen der Quellen auf ein einheitliches Prinzip zurückgeführt haben, welches den römischen Juristen zwar noch nicht zum vollen Bewusstsein gelangt war, wohl aber von ihnen intuitiv wiederholt zur Auwendung gebracht worden ist; dass letzteres namentlich auch in Bezug auf die Pönalstipulation geschehen ist, soll in Folgendem nachgewiesen werden.

[2]) Als solcher muss nach römischem Rechte z. B. der contractus emphyteuticarius und der Verpfändungsvertrag gelten; ob die traditio als dinglicher Vertrag zu betrachten sei, ist für das römische Recht bestritten — für das heutige allgemein anerkannt.

Bestellers hinzugefügt: er wolle das jetzt entstehende Recht des Erwerbers respectiren und schützen und widrigenfalls eine Strafe entrichten. Diese der pactio hinzugefügte Stipulation sollte nun zwar auch zur Entstehung der Servitut mitwirken, das war aber nicht ihr einziger Zweck, vielmehr erzeugte sie für den Promittenten auch eine Verbindlichkeit zu einer Unterlassung, und auf diesen Inhalt derselben bezog sich das Strafversprechen.

Ebenso mögen auch gelegentlich der Eigenthumsübertragung — im älteren Recht die bei der mancipatio üblichen nuncupationes [1]) — und im neueren Recht die bei der tratitio vom Tradenten dem Destinatär ertheilten Zusagen [2]) durch Pönalstipulationen bestärkt worden sein. Aber auch hier stand die Strafe nicht auf Verletzung des dinglichen Vertrages — eine solche ist gar nicht möglich — sondern auf Verletzung desjenigen Vertrages, der eine Handlung oder Unterlassung des Promittenten zum Gegenstand hatte.

Die dinglichen Verträge müssen also als Grundlage für die Pönalstipulation ausscheiden.

Anders steht es mit denjenigen Verträgen, durch welche eine bestehende Obligation in ihrer Wirkung modificirt oder ganz aufgehoben werden soll; hier wird die Hinzufügung einer Pönalstipulation in den Quellen ausdrücklich für zulässig erklärt:

fr. 10 § 1 de pactis 2. 14 Ulpianus libro IV ad edictum. Si pacto subjecta sit poenae stipulatio, quaeritur, utrum pacti exceptio locum habeat an ex stipulatu actio. Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse prout elegerit qui stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre.

Hier handelt es sich um ein pactum de non petendo, der Gläubiger verspricht, ein ihm zustehendes Recht nicht geltend zu machen, und im Falle des Zuwiderhandelns eine Strafe zu zahlen.

fr. 16 de transact. 2. 15. Hermogenianus libro I juris epitomarum. Qui fidem licitae transactionis rupit, non exceptione tantum summovebitur, sed et poenam, quam, si contra placitum fecerit rato manente pacto, stipulanti recte promiserat, praestare cogetur.

Hier bildet ein Vergleich den Hauptvertrag, der Vergleich hat in der Regel einen doppelten Zweck: es soll eine bestehende aber

---

[1]) Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthumes. 1874. S. 4 ff.

[2]) fr. 122 § 2 de V. O. 45. 1.

streitige Obligation aufgehoben und an deren Stelle eine neue gesetzt werden. Auf den ersten Blick könnte es scheinen, dass die Strafe auf die Nichterfüllung der neu entstandenen Obligation gesetzt sei, und dass diese Stelle somit nicht hierher gehöre; dem ist jedoch nicht so, denn es wird gesagt: wenn der Promittent gegen die Vereinbarung handle, könne nicht nur die Strafe gefordert, sondern ihm auch eine exceptio entgegengehalten werden; eine exceptio aber ist nicht angebracht, wenn jemand seine Schuld nicht erfüllt, sondern nur dann, wenn er ungerechtfertigt einen Anspruch geltend macht — und dieser Anspruch ist offenbar der aus der alten Obligation stammende.

c. 5 de C. et C. Stip. 8, 37: Impp. Diocletianus et Maximianus. Nud pollicitatione secundum ea, quae saepe constituta sunt, ad praestanda quae promiserat urgueri quemquam non semper jura permittunt. § 1. Verum quoniam praeterea, si contra pactum fecerit, quanti ea res est, tibi dari stipulanti adversarium tuum promisisse proponas, hujus etiam obligationis post motam litem exstitisse condicionem et ejus summae, quae in hac quoque stipulatione continetur, petitioni locum factum convenit.

Es muss vorweg bemerkt werden, dass hier nicht eine bestimmte Geldsumme als Strafe versprochen ist, sondern das Interesse des Gläubigers; dieser Unterschied ist aber, soweit diese Constitution in Betracht kommt, nicht wesentlich, und da dieselbe, wie sich in der Folge ergeben wird, auch noch in anderer Beziehung für uns von Interesse ist, so wollten wir sie gleich an dieser Stelle besprechen. Auch hier ist nicht ausdrücklich gesagt, dass es sich um einen Aufhebungsvertrag handle, ja aus den Worten des Prinzipium: ‚ad praestanda quae promiserat‘ scheint sich sogar das Gegentheil zu ergeben, das klingt so, als ob der Schuldner eine positive Handlung zugesagt habe; wir werden aber sofort erkennen, dass das Prinzipium nur eine ganz allgemein gehaltene Einleitung bildet, welche mit der eigentlichen Entscheidung in § 1 nur wenig Zusammenhang hat, denn dort heisst es: ‚huius etiam obligationis post motam litem exstitisse condicionem‘; die Bedingung dieses Strafversprechens ist also die Erhebung einer Klage — petere — die Bedingung jeden Strafversprechens aber ist das Gegentheil dessen, was im Hauptvertrage versprochen wird, mithin ist sie hier — non petere — woraus sich denn unzweideutig ergiebt, dass wir es mit einem pactum de non petendo zu thun haben.

Als Beleg dafür, dass auch solche Verträge eine geeignete Grundlage für die Pönalstipulation bilden können, die nicht die vollkommene Aufhebung, sondern nur die Minderung des Inhalts einer bestehenden Obligation zum Gegenstand haben — diene

fr. 12 § 2 de pactis dotalibus 23. 4. Paulus libro XXXV ad edictum. Si mulier pacta sit, ne amplius quam pars dimidia dotis a se petatur et poenam stipulata sit, Mela ait alterutro eam contentam esse oportere: vel exceptione pacti et acceptam facere poenae obligationem, vel si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem.

Betreffend die liberatorischen und obligationsändernden Verträge muss noch bemerkt werden, dass die Frage, ob dieselben eine genügende Grundlage für die Pönalstipulation abzugeben vermögen, unabhängig davon zu beantworten ist, ob die Obligation, welche sie aufheben resp. modificiren, durch Vertrag begründet oder durch unmittelbare gesetzliche Vorschrift entstanden ist.

Das Resultat der bisherigen Untersuchung können wir kurz in Folgendem zusammenfassen: der einfach bedingte Vertrag wird in den Quellen als Pönalstipulation überall nicht anerkannt, ebensowenig das Versprechen einer bestimmten Leistung für den Fall, dass der Promittent eine ihm gesetzlich obliegende oder eine aus einem bereits bestehenden Vertrage für ihn entspringende Verbindlichkeit nicht erfüllen sollte.

Von einer Hauptobligation als Erforderniss der Pönalstipulation zu reden, ist nicht correct; erforderlich ist vielmehr ein Hauptvertrag, dieser darf nicht ein dinglicher Vertrag sein, sondern er muss entweder eine Obligation begründen, aufheben oder abändern.

Somit liesse sich — vorbehaltlich anderer Merkmale — die Pönalstipulation definiren als

ein Vertrag, in welchem der Promittent eine bestimmte Leistung zusagt, unter der Bedingung, dass er eine Handlung vornehmen oder unterlassen werde, zu deren Gegentheil er sich in einem anderen, mit dem Stipulator gleichzeitig abgeschlossenen Vertrage anheischig gemacht hat.

§ 4. Die Ungültigkeit des Hauptvertrages.

I. Vertrag auf Unmögliches.

Nachdem wir das Erforderniss eines Hauptvertrages als für die Pönalstipulation wesentlich nachgewiesen haben, gehen wir zu der äusserst bestrittenen und für das Verständniss des ganzen Instituts überaus wichtigen Frage über:

Ist die Gültigkeit des Strafvertrages von der Gültigkeit des Hauptvertrages abhängig?

Diese Frage wird häufig auch so ausgedrückt: Ist zur Gültigkeit des Strafvertrages eine klagbare Hauptobligation erforderlich? Dieses ist eine nothwendige Consequenz der Auffassung, dass als Erforderniss der Pönalstipulation schlechthin und nur eine Obligation erscheint. Bei der Obligation fällt Gültigkeit und Klagbarkeit allerdings zusammen, nicht aber bei dem Vertrage.

Ein Vertrag ist vielmehr dann gültig, wenn er diejenige Wirkung äussert, welche die Contrahenten durch Abschluss desselben zu erzielen beabsichtigten. Diese Wirkung nun ist: beim obligationsbegründenden Vertrage — Erzeugung eines klagbaren Anspruchs, beim dinglichen Vertrage — Begründung des dinglichen Rechts, beim liberatorischen Vertrage — Aufhebung eines bestimmten Rechts, beim obligationsändernden Vertrage — Abänderung eines bestehenden Rechtsverhältnisses z. B. fr. 27 § 6 de pactis 2. 14.

Die Beantwortung der oben gestellten Frage ist bei den neueren Schriftstellern eine sehr verschiedene.

Gegen das Erforderniss eines gültigen Hauptvertrages sprechen sich — abgesehen natürlich von denjenigen, welche einen Hauptvertrag resp. eine Hauptobligation überhaupt nicht verlangen — folgende Schriftsteller aus: Unterholzner I S. 249, Vangerow § 614 Anm. I, Dernburg II § 46[3] u. v. a.

Anerkannt wird das Erforderniss eines gültigen Hauptvertrages von Sintenis II § 88[9], Nettelbladt S. 28 und Windscheid II § 286. Letzterer will jedoch unter dem Gesichtspunkt des Verzichts, der Ungültigkeit der Hauptverbindlichkeit eine Wirkung auf die Pönalstipulation dann nicht zuschreiben, wenn die Ungültigkeit dem Versprechenden bekannt war.[1]) Die beiden erstgenannten Schriftsteller schränken das von ihnen aufgestellte Princip in der Weise ein, dass ein ungültiger Vertrag geeignet sein soll, die Grundlage für

---

[1]) Vgl. hiezu unten Seite | .

eine Pönalstipulation abzugeben, wenn der Grund der Ungültigkeit darin liege, dass die zugesagte Leistung einen Vermögenswerth an sich nicht hat (z. B. die Verträge zu Gunsten Dritter) oder dass den Gegenstand des Vertrages die Leistung eines Dritten bilde.

Wir werden später Gelegenheit haben nachzuweisen, dass auch diese Verträge nach der römischen Anschauung keineswegs ungültig waren und wollen daher uneingeschränkt den Satz aufstellen:

Zur Gültigkeit der Pönalstipulation ist ein gültiger Hauptvertrag erforderlich.

Der Beweis soll in Nachstehendem erbracht werden.

Wir haben gesehen, dass die Pönalstipulation ein bedingter Vertrag ist, dessen Bedingung (bedingender Umstand) die Nichterfüllung des Hauptversprechens bildet. Die Frage nach der Nichterfüllung eines wirksamen Vertrages unterliegt rechtlichen Grundsätzen, daher ist die Bedingung des Strafvertrages: Verletzung der aus dem Hauptvertrage entspringenden rechtlichen Pflicht des Promittenten.

Insoweit stimmen wir also mit denjenigen Schriftstellern[1]) vollkommen überein, welche die Gültigkeit und die Voraussetzungen des Verfalls der Pönalstipulation lediglich nach den Regeln der bedingten Verträge beurtheilt sehen wollen; die Verschiedenheit der Auffassung bezieht sich nur auf den Inhalt der Bedingung. Nach Wolff und Arndts ist der bedingende Umstand ein einfaches Thun oder Unterlassen des Promittenten — unserer Ansicht nach, ein solches Thun oder Unterlassen, zu dessen Gegentheil der Promittent vertragsmässig verpflichtet ist.

Daraus ergiebt sich bei formeller Selbstständigkeit beider Verträge eine inhaltliche Abhängigkeit der Pönalstipulation von dem Hauptvertrage, so dass die Voraussetzungen der Gültigkeit der ersteren nach einer doppelten Richtung hin zu prüfen sind. Es ist zu untersuchen 1. ob die formell selbstständige Pönalstipulation für sich allein betrachtet den gesetzlichen Erfordernissen eines wirksamen obligationsbegründenden Vertrages entspricht. 2. Ob der Hauptvertrag gültig ist d. h. ob aus demselben für den Promittenten die Verpflichtung zur Vornahme derjenigen Handlungen entsteht, auf deren Unterlassen die Strafe gesetzt ist.

---

[1]) Wolff a. a. O. Arndts a. a. O.

Die erste Frage erledigt sich verhältnissmässig einfach: Selbstverständlich ist erforderlich, dass die Contrahenten handlungsfähig sind und ihren übereinstimmenden Willen in bindender Absicht erklärt haben; ferner darf die als Strafe zugesagte Leistung weder physisch noch rechtlich unmöglich sein (97 pr. u. 126 § 3 de V. O. 45. 1) auch nicht verboten, unsittlich oder ganz unbestimmt. Ob aber die als Strafe zugesagte Leistung ein certum im Sinne des fr. 75 § 1 de V. O. 45. 1 sein muss, und ob ferner für den Strafvertrag nach römischem Recht die Stipulationsform unerlässlich war, kann hier nicht erörtert werden, da die Juristen gerade nach diesen beiden Merkmalen aus dem Kreise der Verträge, durch welche ein Nachtheil auf die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit gesetzt wird, die stipulatio poenae als besonders geartetes Institut ausschieden; und nur mit der letzteren beschäftigt sich die vorliegende Untersuchung.

Wir gehen jetzt zur Beantwortung der zweiten Frage über.

Bei dem Stand der Quellen wird es schwer sein, im Einzelnen nachzuweisen, dass jeder Grund, welcher Ungültigkeit eines Vertrages bewirkt, auch die Gültigkeit der hinzugefügten Pönalstipulation ausschliesst; ich glaube jedoch eine Anzahl Stellen namhaft machen zu können, in denen das Prinzip theils auf den concreten Fall angewandt, theils allgemein ausgesprochen ist.

Da ist zunächst fr. 69 de V. O. 45. 1 Ulpianus libro sexto ad edictum

> Si homo mortuus sit, sisti non potest nec poena rei impossibilis committetur, quemadmodum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur.

Schon diese Stelle erschüttert die Ansicht von Arndts bedenklich, wonach es bei der Gültigkeit der Pönalstipulation „nur darauf ankommt, ob an sich ein Versprechen dieses Inhalts unter dieser bestimmten Bedingung zulässig und gültig ist.“ Da Arndts, gleich Wolff, als Bedingung der Pönalstipulation einfach ein Thun oder Unterlassen des Promittenten betrachtet, ohne einen auf das Gegentheil gerichteten Hauptvertrag zu fordern, so ist nicht abzusehen, warum ein Vertrag ungültig sein soll, dessen Bedingung in dem Unterlassen einer unmöglichen Handlung besteht. Nach fr. 8 V. O. 45. 1 behandelt Paulus einen solchen Vertrag vielmehr wie einen unbedingten, da hier eine condicio, quae omni modo extitura est

vorliegt, die nur der Form, nicht aber dem Inhalte nach als Bedingung in Betracht kommt.

Wolff S. 47 sucht sein Prinzip dieser Stelle gegenüber dadurch zu retten, dass er auch die Worte „Stichum mortuum dare" für eine prätorische Stipulation und zwar judicatum solvi erklärt, für welche besondere Regeln bestanden haben sollen. Das ist entschieden unrichtig. In fr. 9 judicatum solvi 46. 7 Ulpianus heisst es:

Judicatum solvi stipulatio expeditam habet quantitatem in tantum enim committitur, in quantum judex pronuntiaverit.

Der judex erkannte aber immer auf certa pecunia, während unsere Stipulation auf „Stichum dare" lautet. Vgl. auch Lenel, Das Edictum perpetuum, Leipzig, 1883, § 282. „Was zunächst den Inhalt der clausula de re iudicata (und nur diese kann doch hier gemeint sein) betrifft, so kann dieser nur der gewesen sein, dass der Promissor die Zahlung der Summe versprach, auf die die etwaige condemnatio lauten würde."

Wir können daher aus dieser Stelle nur entnehmen, dass Ulpian eine Pönalstipulation für ungültig erklärt, wenn die Hauptobligation, wegen Unmöglichkeit der zugesagten Leistung, ungültig ist, wenn also eine Verpflichtung zur Erfüllung des Versprechens nicht besteht. Daraus können wir aber einen weiteren Schluss ziehen, der in allen Fällen zutrifft, wo der Hauptvertrag ungültig ist, und der den oben aufgestellten Satz, dass die Pönalstipulation nach den Regeln der bedingten Verträge zu beurtheilen sei — mit unserer lex 69 in Einklang bringt:

Die Pönalstipulation enthält die Zusage einer bestimmten Leistung für den Fall, dass der Promittent seiner Verpflichtung aus dem Hauptvertrage nicht nachkomme; um mich einer schematischen Ausdrucksweise zu bedienen, möchte ich sagen, sie ist unter zwei Bedingungen ertheilt, 1. wenn ich verpflichtet bin zu geben, 2. wenn ich nicht gebe. Hier ist es von Hause aus gewiss, dass die erste Bedingung nicht eintreten werde, weil auf Unmögliches eine Verpflichtung nicht entstehen kann — und aus diesem Grunde ist die Pönalstipulation ungültig.

Von diesem Gesichtspunkte aus kann bei einem ungültigen Hauptvertrage die Bedingung der Pönalstipulation sehr wohl als eine unmögliche bezeichnet werden, denn es ist unmöglich einer Verpflichtung zuwiderzuhandeln, die gar nicht besteht.

Zu der lex 69 wäre noch Folgendes zu bemerken: Bekanntlich bewirkt Unmöglichkeit der zugesagten Leistung nicht in allen Fällen vollkommene Ungültigkeit des Vertrages; hielt der Gläubiger zur Zeit des Vertragsschlusses die ihm versprochene Handlung für möglich, ohne dass ihn hierbei ein Verschulden traf, so ist der Schuldner verpflichtet ihm sein Interesse zu ersetzen.[1]) Wenn nun ein solcher Vertrag durch eine Pönalstipulation bestärkt ist, dann muss die letztere so aufgefasst werden, dass der Promittent die Strafe zu entrichten habe, wenn er dem Gläubiger nicht diejenige Geldsumme zahlt, die dessen Interesse gleichkommt, denn die Pönalstipulation ist stets für den Fall vereinbart, dass der Schuldner seiner Verpflichtung aus dem Hauptvertrage nicht nachkommt.

§ 5. Fortsetzung II. Die verbotenen Verträge.

In vielen Quellenstellen wird ausdrücklich anerkannt, dass ein Vertrag der den ‚guten Sitten' oder einem gesetzlichen Verbot widerstreitet, und dessshalb ungültig ist, auch nicht als Grundlage für eine gültige Pönalstipulation zu dienen vermag.

Diese Erscheinung wird von denjenigen Schriftstellern, welche die Gültigkeit der Pönalstipulation nur davon abhängig machen, ob eine Stipulation überhaupt unter dieser bestimmten Bedingung gültig sein könne — damit erklärt, dass in einem solchen Falle die Bedingung eine unsittliche oder unerlaubte sei. Beides wird allerdings in den meisten Fällen zusammentreffen, keineswegs aber immer, und so ist denn auch in den Entscheidungen der Quellen bald auf die Unerlaubtheit der Bedingung, bald auf die Ungültigkeit des Hauptvertrages der Schwerpunkt gelegt. Den ersten Gesichtspunkt bringt fr. 134 pr. de V. O. cit. den zweiten c 2 de unitil. stip. cit. zur Geltung: Hier wird weder von einer unsittlichen noch von einer unerlaubten Bedingung geredet, sondern einfach gesagt: Da die Ehen frei lösbar sein sollen, so wird den Verträgen, welche die Ehescheidung auszuschliessen bezwecken, die Wirksamkeit versagt und die auf ihre Nichterfüllung gesetzte Pönalstipulation darf nicht gefordert werden. In diesen Worten ist meines Erachtens

---

[1]) Hierüber vergleiche Dernburg, II, § 16, Anm. 12 und 13 sowie die dort Citirten; über die Frage ob in solchen Fällen dem Gläubiger das positive oder negative Vertragsinteresse zu ersetzen ist, daselbst Anm. 14 und Windscheid, II, § 315 Anm. 7.

deutlich ausgesprochen, dass die Ungültigkeit des Hauptvertrages den Grund für die Ungültigkeit der Pönalstipulation bilde. [1])

Die Lehre von der sog. unsittlichen und unerlaubten Bedingung ist bis heute äusserst bestritten.

Arndts, Gesammelte civilistische Schriften 1873 S. 26 ff. hat zuerst den Unterschied derselben von den unmöglichen Bedingungen nachgewiesen, der uns heute ganz geläufig ist und daher unerörtert bleiben kann. Die ersteren definirt er als solche, „welche, wenn sie wirksam wären, zur Beförderung einer rechtswidrigen oder unsittlichen Handlung oder Unterlassung beitragen würden, welche daher contra jus oder bonos mores hinzugefügt sind (moralisch unzulässige Bedingungen)." Ausserdem werden einige Bedingungen aus dem Grunde für unzulässig erklärt, weil es „unpassend oder dem öffentlichen Interesse widerstreitend erscheint, durch sie Rechte zu bedingen, wenngleich sie nichts an sich Unerlaubtes oder Unsittliches bezwecken oder befördern."

Durch diese Definition ist die Frage aber nicht beantwortet, sondern eigentlich nur anders gestellt; wir erfahren nicht, wann es unpassend sei, an eine Thatsache Rechte zu knüpfen.

Fitting, Ueber den Begriff der unsittlichen Bedingung im Archiv für civilistische Praxis B. 56, S. 420 definirt sie „als eine Bedingung, durch welche in unsittlicher Absicht Jemandem zur Erlangung eines Vermögensvortheils eine schon an sich oder doch in Verbindung mit dem Beweggrunde pecuniären Vortheils unsittliche Handlung zugemuthet wird."

Hier muss wiederum darauf hingewiesen werden, dass die Absicht eines Contrahenten für den Inhalt eines Vertrag nicht bestimmend sein kann.

Die lex 2 de his quae poen. 34. 6. Marcianus libro VI institutioonum. Poenam a condicione voluntas testatoris separat, et an poena, an condicio, an translatio sit, ex voluntate defuncti apparet die Fitting (S. 405) zur Begründung seiner Ansicht anführt, bezieht sich nur auf letztwillige Verfügungen, welche als einseitige Rechtsgeschäfte, natürlich nur nach der Absicht einer Person zu interpretiren sind.

Ein besonderes Gewicht legt Fitting ferner darauf, dass die Handlung „zugemuthet" werde; darnach sollen zwei inhaltlich

---

[1]) So auch Sintenis, II, § 88 Anm. 9.

gleiche Bedingungen bald als zulässig bald als unzulässig gelten z. B. das Versprechen einer Geldsumme an eine Frau, für den Fall, dass man sie nicht heirathen sollte (S. 411). War die Absicht die, dass der Verlobte das Verlöbniss erfüllen soll, dann sei die Bedingung unsittlich, ging die Absicht aber dahin „der wenig bemittelten Braut für den Fall, dass es aus irgend einem zufälligem Grunde z. B. wegen Todes des Bräutigams nicht wirklich zur Ehe kommen sollte, durch ein Geschenk eine Versorgung zu gewähren" dann „bleibt ein ganz harmloses bedingtes Versprechen übrig." Allerdings! Das liegt aber nicht an der veränderten Absicht die dem Vertrage zu Grunde liegt, sondern daran, dass hier die Bedingung, der bedingende Umstand, ein ganz anderer ist; im ersten Falle lag eine Handlung des Promittenten vor, hier aber ein zufälliger Umstand, und es ist selbstverständlich, dass ein solcher nie unsittlich sein kann. Die beiden Verträge haben also nicht denselben Iuhalt, sondern nur denselben Wortlaut, ersterer ist aber nicht aus der Absicht eines Contrahenten, sondern aus dem übereinstimmendem Willen beider zu entnehmen.

Die Ansicht Ravit's Zur Lehre von den unsittlichen Bedingungen und unsittlichen Verträgen, Archiv f. civilistische Praxis, B. 58 S. 1—69, nach der es eine bestimmte Classe von Bedingungen überhaupt nicht gebe, „welche wegen ihres unsittlichen Charakters oder Einflusses" eine Willenserklärung der Wirkung berauben — und Alles vielmehr darauf ankomme, ob der Willenserklärung eine turpis causa zu Grunde liege, scheint mir nicht genügend begründet zu sein.

Meines Erachtens kann der Begriff der unsittlichen Bedingung nur nach objectiven Merkmalen erkannt werden; wir müssen dabei von unbedingten Verträgen ausgehen.

Verträge werden aus mannigfachen Gründen für unwirksam erklärt, namentlich mit Rücksicht auf dem Charakter der zugesagten Leistung. Aus der Natur der Sache ergiebt es sich, wie wir bereits gesehen haben, dass ein Vertrag unwirksam sein muss, wenn die versprochene Handlung unmöglich ist. Es giebt aber auch an sich mögliche Handlungen, die theils nach allgemeinen Rechtssätzen, theils auf Grund von Specialgesetzen, Gegenstand eines gültigen Vertrages nicht sein können.

1) Zu den ersteren gehören die gesetzlich verbotenen und die unsittlichen Handlungen:

fr. 26 de V. O. 45. 1 Ulpianus libro quadragesimo secundo ad Sabinum Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti.

fr. 27 eod. Pomponius libro XXII ad Sabinum veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat. sed et officio quoque praetoris continetur ex hujusmodi obligationibus actionem denegari.

fr. 6 § 3 mandati (17. 1) Ulpianus libro XXXI ad edictum.

Rei turpis nullum mandatum est et ideo hac actione non agetur.

2) Ausserdem können gewisse Handlungen, die weder verboten noch unsittlich sind, d. h. deren Vornahme weder gesetzliche Nachtheile noch die Missachtung der Mitmenschen zur Folge hat — dennoch nicht wirksam versprochen werden, weil eine *Verpflichtung* zur Vornahme derselben die Freiheit des Promittenten in zu hohem Maasse beschränken würde; diese Handlungen stellen sich dar als Ausfluss unveräusserlicher Persönlichkeitsrechte, von denen man in einem gewissen Sinne sagen könnte, dass sie extra commercium sind. Hierher gehört nach römischer Anschauung das Versprechen, gar kein Testament, oder nur ein bestimmtes zu errichten; ferner die Zusage eine Ehe nicht auflösen zu wollen. Freilich wechseln mit den Zeiten die Anschauungen darüber, welche Rechte einen unveräusserlichen Bestandtheil der Persönlichkeit bilden, sodass heute z. B. eine Beschränkung der Testirfreiheit durch Erbvertrag als vollkommen zulässig gilt; dagegen wird beispielsweise in den meisten modernen Gesetzgebungen ein Dienstvertrag auf Lebenszeit, der in Rom wegen der herrschenden Sclavenwirthschaft kaum vorkam, insoweit für unwirksam erklärt, als dadurch die persönliche Freiheit des sich Verpflichtenden in übertriebener Weise beeinträchtigt wird.[1])

3) Schliesslich sollen gewisse Handlungen, bei denen die Gesichtspunkte sub 1 und 2 nicht nothwendig zutreffen, Gegenstand eines gültigen Vertrages nicht sein, weil eine *Verpflichtung* zur Vornahme derselben dem öffentlichen Interesse, wie es der Gesetzgeber versteht, zuwiderläuft. Zu bemerken ist, dass diese Fälle

---

[2]) So ist nach der Preussischen Gesindeordnung (§ 40) ein Dienstvertrag auf Lebenszeit nicht erlaubt, und soll wie ein auf unbestimmte Zeit geschlossener behandelt werden, cf. Dernburg, Preuss. Privatrecht, II, § 192 Anm. 7. Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt als höchste Dauer für den Dienstvertrag 10 Jahre. § 564.

sämmtlich auf Specialgesetzen beruhen. Hierher gehört namentlich der Vertrag, durch welchen der in einem Testament Eingesetzte vor Erwerb der Erbschaft auf die Geltendmachung der lex Falcidia verzichtet: so dass später noch zu erörternde fr. 15 § 1 ad L. F. 35. 2; ferner das Versprechen unverehelicht zu bleiben oder nur eine bestimmte Person zu heirathen, hierdurch würde den Absichten der im öffentlichen Interesse erlassenen lex Julia et Papia Poppaea zuwidergehandelt werden; allerdings ist nicht zu verkennen, dass bei den letztgenannten beiden Fällen auch das sub 2 Gesagte in Betracht kommt, doch wirkt dieser Gesichtspunkt nur mit, er ist nicht der einzige. Dasselbe liesse sich für das moderne Recht sagen in Bezug auf den Vertrag ein bestimmtes Gewerbe nicht auszuüben oder seinen Wohnsitz nicht zu verändern. Diese Verträge würden ungültig sein, sowol weil sie den im öffentlichen Interesse erlassenen Gesetzen über Gewerbefreiheit und Freizügigkeit widersprächen, als auch, weil sie die persönliche Freiheit, nach Ansicht des Gesetzgebers, in zu hohem Masse einschränkten.

Es würde nun förderlich sein uns zu vergegenwärtigen, mit welchen Mitteln in Rom der Gläubiger eine ihm zugesagte Handlung erzwingen konnte. Wie bemerkt erfolgte die Verurtheilung nicht ad faciendum, sondern nur auf soviel Geld, als das Interesse des Gläubigers an der Nichterfüllung betrug.

Durch die Litiscontestation wurde die eingeklagte Forderung aufgehoben, es entstand ein neuer Anspruch auf Geld und die versprochene Leistung war nur noch in solutione. Es entstand also bei jeder Forderung nach der Litiscontestation dasjenige Verhältniss, welches bei der bedingten Forderung vor der Litiscontestation vorlag: Der (beklagte) Schuldner wurde (durch den Richterspruch) verpflichtet eine bestimmte Geldsumme zu zahlen, wenn er nicht (vor dem Urtheil) eine andere Leistung, auf deren Vornahme ein Anspruch nicht (mehr) bestand, bewirkte. Somit war es, soweit es sich um die Macht des Gläubigers über den Schuldner handelte, genau dasselbe ob der Vertrag lautete: hominem Stichum mihi dare spondes? oder: si hominem Stichum non dederis, quanti ea res erit dare spondes?[1]) In beiden Fällen konnte er nur 'quanti ea res est' beitreiben.

---

[1]) Dieses, glaube ich, übersieht Savigny, wenn er im Obligationenrecht, II, § 80, S. 274 sagt: „So wie dieser (der Vertrag auf eine Handlung) die Handlung unmittelbar erzwingt durch eine auf dieselbe ge-

Hieraus ergiebt sich nun eigentlich ganz von selbst, dass, wenn der Gesetzgeber dem Versprechen der Vornahme einer bestimmten Handlung die Wirksamkeit versagt — er auch nicht dulden kann, dass der Promittent eine andere Leistung gültig zusage, für den Fall dass er diese bestimmte Handlung unterlassen sollte. Andernfalls würde das erste Verbot vollkommen machtlos sein: Der Gläubiger könnte anstatt des verbotenen Vertrages: Titium occidere spondes? oder Lege Falcidia non uti spondes? einfach stipuliren: Si Titium non occideris quanti ea res erit dare spondes? oder Si lege Falcidia usus eris quanti ea res erit dare spondes? und würde durch Abschluss dieses bedingten Vertrages genau dieselben Mittel erhalten auf den Schuldner zur Vornahme jener Handlung einzuwirken, wie durch Abschluss des unbedingten. Desshalb erklärt das Gesetz jeden Vertrag für ungültig in welchem der Schuldner eine Leistung verspricht für den Fall, dass er eine solche Handlung unterlassen sollte, zu deren Vornahme er sich nicht wirksam verpflichten darf.

Für die verbotenen und unsittlichen Handlungen ist dieses anerkannt in

fr. 123 de V. O. 45. 1 Papinianus libro primo definitionum:
Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet

welche Stelle allerdings, wie wir gesehen haben, nicht ausschliesslich von bedingten Stipulationen redet.

---

richtete Klage, soll unser Strafvertrag (d. h. der ohne Hauptvertrag) die Handlung auf einem Umweg herbeiführen durch die Furcht vor der Strafklage". Dieser Umweg ist aber beiden Verträgen gemein, dort ist es die Klage auf das Interesse; und wenn Savigny von diesem Gesichtspunkt aus die Pönalstipulation als „Criminalanstalt im Kleinen" bezeichnet, so kann er diese Bezeichnung mit demselben Recht auf das ganze Actionensystem der Römer anwenden. — Es findet hier eine Verquickung des römischen Rechts mit dem modernen, den Römern fremden, Institute der condemnatio ad faciendum statt.

Die Gleichstellung dieser beiden Stipulationen in der oben angegebenen Beziehung finden wir in

fr. 14 si quis caut. 2. 11 Neratius libro II membranarum:
Si procuratur ita stipulatus est, ut sistat dumtaxat eum quem stipularetur, non etiam poenam si status non esset stipularetur ..... quantum domini litis interfuit sisti, tantum ex ea stipulatione non stato reo procuratori debe(a)tur. eadem et fortius adhuc dici possunt, si procurator ita stipulatus esset 'quanti ea res erit'.

Von den Handlungen, welche als Ausfluss unveräusserlicher Persönlichkeitsrechte gelten, redet:

fr. 61 de V. O. 45. 1 Julianus libro II ad Urseium Ferocem. Stipulatio hoc modo concepta: si heredem me non feceris, tantum dare spondes? inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.

Dass ein Vertrag, der als Bedingung die Unterlassung einer solchen Handlung enthält, auf deren Vornahme ein Vertrag im öffentlichen Interesse nicht eingegangen werden darf, — ungültig ist, geht aus fr. 15 § 1 ad L. F. 35. 2. cit. hervor. Hier ist zwar von einer Pönalstipulation die Rede, dasselbe gilt aber offenbar auch von dem einfach bedingten Vertrag.

Bei den bisher in diesem § behandelten Verträgen erscheint zur Erklärung der Ungültigkeit der hinzugefügten Pönalstipulation die von Wolff und Arndts aufgestellte Regel allerdings hinreichend, wonach es sich nur darum handelt, ob ein bestimmter Vertrag unter einer bestimmten Bedingung gültig und zulässig sei: Hier ist die Pönalstipulation schon in Folge ihres eigenen Inhalts ungültig d. h. in Folge des als Bedingung gesetzten Umstandes.

Wir werden aber sehen, dass dieser Gesichtspunkt keineswegs ausreichend ist, wenn wir diejenigen Versprechen, welche wegen der Art der zugesagten Leistung nicht klagbar sind, nach einer anderen Richtung hin untersuchen.

Wir haben diejenigen Handlungen, zu deren Vornahme das Gesetz eine Verbindlichkeit nicht anerkennt, bisher nur von dem Gesichtspunkte des einseitigen abstracten Vertrages betrachtet. Es entsteht aber jetzt die Frage: Wie, wenn der Promittent sich von dem Stipulator eine Gegenleistung ausbedungen hat, und jene Handlung freiwillig vornimmt, darf er dann die zugesagte Vergütung in Anspruch nehmen? Hierbei müssen wiederum die drei oben aufgestellten Unterscheidungen berücksichtigt werden.

War die Handlung verboten oder unsittlich, dann kann ohne Zweifel auch im Falle der freiwilligen Erfüllung ein Anspruch auf die Gegenleistung nicht geltend gemacht werden. Das ergiebt sich schon aus der Natur der Sache: wenn das Gesetz bestimmte Handlungen überhaupt missbilligt, so kann es auch nicht zugeben, dass durch in Aussicht gestellte Vergütungen ein Anreiz zu ihrer Vornahme geschaffen werde: auch dem Versprechen einer Gegenleistung muss daher die Klagbarkeit entzogen werden.

Letzteres ist in den Quellen mehrfach ausgesprochen:

§ 7 de mandato 3. 26. Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est, veluti si Titius de furto aut de damno faciendo aut de injuria facienda tibi mandet. licet enim poenam istius facti nomine praestiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.

fr. 22 § 6 mandati 17. 1 Paulus libro XXXII ad edictum. Qui aedem sacram spoliandum, hominem vulnerandum, occidendum mandatum suscipiat, nihil mandati judicio consequi potest propter turpitudinem mandati.

Hat also jemand ein ihm aufgetragenes Verbrechen wirklich ausgeführt, so soll er weder Schadloshaltung noch eine ihm etwa zugesagte Vergütung mit der actio mandati contraria beanspruchen dürfen.

Anders liegt es in denjenigen Fällen, wo eine weder verbotene noch unsittliche Handlung Gegenstand des Vertrages ist und wo das Gesetz, sei es im öffentlichen Interesse, sei es um die Rechte der Persönlichkeit zu schützen, nur eine Verbindlichkeit zur Vornahme solcher Handlungen nicht gelten lassen will. Erfüllt hier der Promittent seine Zusage freiwillig, so liegt kein Grund vor, ihm den Anspruch auf die ausbedungene Gegenleistung zu versagen. So wird zu entscheiden sein, wenn jemand das an sich wirkungslose Versprechen, innerhalb der nächsten 20 Jahre einen bestimmten Ort nicht zu verlassen — freiwillig erfüllt hat; oder wenn der eingesetzte Erbe dem vor Erwerb der Erbschaft ertheilten Versprechen, die Falcidische Quart nicht abzuziehen, nach Erwerb der Erbschaft freiwillig nachgekommen ist.

In solchen Fällen liegt etwas den negotia claudicantia Analoges vor.

Durch directe Quellenzeugnisse vermag ich diese Auffassung zwar nicht zu stützen, glaube aber, dass sie allein der bona fides entspricht.

Bevor wir die hier gewonnenen Resultate in ihrer Beziehung zur Conventionalstrafe untersuchen, wollen wir dieselben zuerst in ihrer Bedeutung für die bedingte Stipulation im Allgemeinen betrachten. Die Pönalstipulation enthält als Bedingung eine Handlung oder Unterlassung des Promittenten; die Bedingung einer Stipulation kann aber auch in einer Handlung oder Unterlassung

des Stipulators bestehen. Hier handelt es sich für uns um den zweiten Fall.

Wir haben gesehen, dass das Versprechen eines Entgelts für die Begehung einer verbotenen oder unsittlichen Handlung unwirksam ist. Dieses Gesetz könnte aber dadurch umgangen werden, dass die Parteien, anstatt einen zweiseitigen Vertrag zu schliessen, nach welchem z. B. sich A. verpflichtet den Titius zu tödten und B. ihm als Gegenleistung 100 zusagt — einfach eine bedingte Stipulation eingehen z. B.: si Titium occidero centum dare spondes? Desshalb muss der Gesetzgeber auch diesen Vertrag verbieten.

Dagegen liegt aber kein Grund vor, einer Stipulation die Wirksamkeit zu bestreiten, bei der als Bedingung eine solche Handlung resp. Unterlassung des Stipulators gesetzt ist, die das Gesetz keineswegs missbilligt, auf welche nur eine Verbindlichkeit nicht anerkannt wird. Es wäre also vollkommen gültig, wenn sich Jemand eine Geldsumme für den Fall versprechen liesse, dass er von der Falcidischen Quart keinen Gebrauch mache, oder seinen Wohnsitz nicht ändere, ohne sich jedoch selbst zu jener Unterlassung zu verpflichten.

Wir sehen also, dass es für Beurteilung der Frage, welche Bedingungen die Wirksamkeit eines Vertrages ausschliessen, wesentlich darauf ankommt, ob die Bedingung in einer Handlung resp. Unterlassung des Promittenten oder des Stipulators besteht. Demnach könnte die Frage wie folgt beantwortet werden:

> Eine Stipulation wird durch Hinzufügung einer Bedingung ungültig, wenn die letztere in einer Handlung des Schuldners besteht, auf deren Gegentheil ein Vertrag nicht abgeschlossen werden darf — oder in einer Handlung des Gläubigers für deren Vornahme eine Gegenleistung nicht ausbedungen werden darf.

Arndts a. a. O. S. 36 und Windscheid, I, § 94 [12] weisen mit Recht darauf hin, dass ein Versprechen, in welchem eine gebotene Handlung des Gläubigers als Bedingung gesetzt ist, unter Umständen als ungültig zu betrachten sei; und zwar dann „wenn sich Jemand ein gebotenes Verhalten abkaufen lässt“ (Windscheid) oder, wenn das bedingte Versprechen „gerade den Zweck habe, einer schlechten Handlung des andern entgegenzuwirken“ (Arndts).

Beide Definitionen scheinen mir jedoch theils zu eng, theils zu weit gefasst zu sein.

M. E. wird das Versprechen, welches als Bedingung eine gebotene Handlung des Stipulators enthält — unter denselben Voraussetzungen ungültig sein, unter denen das unbedingte Versprechen einer Vergütung seitens des einen Contrahenten, für die seitens des anderen Contrahenten erfolgte unbedingte Zusage einer gebotenen Handlung — von dem ersteren in der Weise angefochten werden kann, dass er mit der condictio ob turpem causam auf Acceptilation des von ihm ertheilten Versprechens klagt.

Unter diesem Gesichtspunkt betrachtet, enthalten jene Fälle aber nichts Eigenartiges und fallen vielmehr gleichfalls unter die von uns auf Seite 35 aufgestellte Definition, nach welcher eine Stipulation ungültig ist, wenn sie als Bedingung eine Handlung des Gläubigers enthält, für deren Vornahme eine Gegenleistung nicht ausbedungen werden darf.

Das Vorstehende mag durch folgende Beispiele illustrirt werden: A., welcher das Amt eines Schiedsrichters übernommen hat, schliesst mit dem B., der ein Interesse am Ausgange des Processes hat, diesen zweiseitigen Vertrag: A. verspricht das Urtheil nach bestem Wissen und Gewissen zu fällen, B. verpflichtet sich dagegen, ihm als Vergütung 100 zu zahlen; es unterliegt nun keinem Zweifel, dass B. mit der condictio ob turpem causam auf Acceptilation seines Versprechens klagen kann; daher würde denn auch das folgende einseitige bedingte Versprechen, welches B. dem A. unter gleichen Verhältnissen etwa ertheilt hätte, ungültig sein: Ich verspreche dir 100 zu zahlen, wenn du den Schiedsspruch nach bestem Wissen und Gewissen fällst.

Nehmen wir dagegen ein anderes Beispiel: A., ein Fabrikbesitzer in einer grossen Stadt dingt den B., welchem die Verhältnisse jenes Ortes gänzlich unbekannt sind, auf ein Jahr als Arbeiter mit einem monatlichen Lohn von 30; nachdem B. einen Monat seinen Verpflichtungen getreulich nachgekommen ist, wird es ihm klar, dass er mit diesem Lohn in jener grossen Stadt auch bei den bescheidensten Ansprüchen unmöglich sein Leben fristen kann; er wendet sich daher an A. mit dem Gesuch, ihm eine Zulage von monatlich 20 zu gewähren — andrenfalls sehe er sich ausser Stande seine contractlichen Verbindlichkeiten fernerhin zu erfüllen.

In dieser Veranlassung kommt folgender zweiseitiger Vertrag zu Stande: A. verpflichtet sich dem B. eine monatliche Zulage von

20 zu gewähren, B. verspricht vor Ablauf des Jahres den Contract unter keinen Umständen zu lösen. Ich glaube nun nicht, dass in diesem Fall dem A. eine condictio ob turpem causam zuzugestehen wäre, und aus diesem Grunde würde denn auch folgender unter gleichen Verhältnissen geschlossener einseitiger bedingter Vertrag gültig sein: Ich verspreche dir eine monatliche Zulage von 20, wenn du deinen contractlichen Verbindlichkeiten bis zum Ablauf des Jahres getreulich nachkommst; und doch wird man sagen müssen, dass B. „sich ein gebotenes Verhalten hat abkaufen lassen".

Entgegengesetzt wird man entscheiden müssen, wenn es sich um einen frivolen Strik handelt.

Wir kehren nun wieder zur Pönalstipulation zurück.

Es ist gezeigt worden, dass das Versprechen einer Belohnung für die Vornahme einer verbotenen Handlung ganz wirkungslos ist: Der zweiseitige Vertrag „A. verspricht den Titius zu tödten B. verpflichtet sich dagegen zu einer Zahlung von 1000", erzeugt auf beiden Seiten weder eine Verbindlichkeit noch eine Klage.

Wie nun, wenn A., der sehr wol weiss, dass er aus diesem Vertrage eine Klage auf die 1000 nicht erwirbt, sich den Anspruch auf dieselben dadurch zu sichern sucht, dass er sich von B. ein Strafversprechen des Inhalts geben lässt: si mille non dederis poenae nomine duo milia dare spondes? Wir werden uns wol keinen Augenblick bedenken diese famose Pönalstipulation für null und nichtig zu erklären. Und doch, wenn man mit Arndts der Ansicht ist, dass es bei der Gültigkeit der Pönalstipulation „nur darauf ankomme, ob an sich ein Versprechen dieses Inhalts (duo milia dare spondes) unter dieser bestimmten Bedingung (si mille non dederis) zulässig und gültig ist," und wenn man mit Wolff (a. a. O. S. 18) annimmt, die Pönalstipulation werde dadurch nicht „afficirt" dass neben ihr noch eine andere Obligation bestehe — dann wird man vergeblich nach einer Begründung für diese selbstverständliche Entscheidung suchen, denn die Bedingung 'si mille non dederis' ist eine nach allen Richtungen hin vollkommen unverfängliche.

Natürlich wird dasselbe zu sagen sein, wenn der Hauptvertrag nicht ein zweiseitiger ist, sondern den Wortlaut hat: 'si Titium occidero mille dare spondes?'

Ich glaube das Vorstehende liefert den schlagendsten Beweis gegen die Auffassung, dass die Bedingung der Pönalstipulation in

einem einfachen Thun oder Unterlassen des Promittenten bestehe, ohne dass es sich darum handle, ob eine Verbindlichkeit zu diesem Thun oder Unterlassen vorhanden sei oder nicht.

Die gewonnenen Resultate können wir in folgende Sätze zusammenfassen:

Die Pönalstipulation ist unwirksam, wenn das Versprechen auf dessen Nichterfüllung sie gesetzt ist, aus dem Grunde ungültig ist,

1. weil dasselbe eine solche Handlung des Promittenten zum Gegenstand hat, zu der das Gesetz eine Verbindlichkeit nicht zulässt,
2. weil dasselbe eine Vergütung für eine solche Handlung des Stipulators zum Gegenstand hat, für welche nach den Gesetzen eine Vergütung nicht versprochen werden darf,
3. weil dasselbe von einer entkräftenden Bedingung abhängig gemacht ist.

§ 6. Fortsetzung III. Ungültigkeit wegen mangelnder Erfordernisse in der Person der Contrahenten.

Wir wollen jetzt die Frage untersuchen, ob die Pönalstipulation wirksam ist, wenn sie einem solchen Vertrage hinzugefügt ist, der wegen mangelnder Voraussetzungen in der Person der Contrahenten nicht gültig zu Stande kommt, ohne dass derselbe Ungültigkeitsgrund auch bezüglich der Pönalstipulation selbst vorliegt.

Die Quellenstellen, auf welche wir uns hier berufen, befinden sich im Tit. Dig. de receptis 4. 8. Es handelt sich um Strafen, die auf Nichterfüllung eines Schiedsspruchs vereinbart waren. Bekanntlich kam der Schiedsvertrag regelmässig [1]) in der Weise zu Stande, dass die Parteien gegenseitig versprachen, sich dem Schiedsspruch eines bestimmten Dritten zu unterwerfen, und im Falle des Zuwiderhandelns eine Strafe zu entrichten.

Es ist durchaus unrichtig, wenn Wolff a. a. O. S. 10 eine solche Stipulation als „unter schiedsrichterlichem Einflusse eingegangen“ den stipulationes praetoriae analog behandeln will; wir werden noch später Gelegenheit haben darauf zurückzukommen, hier mag nur soviel gesagt sein, dass die letzteren allerdings erzwungen

---

[1]) Dieses war jedoch keineswegs die einzige Form, vergl. Arndts, § 270 [1] und namentlich auch die dort citirte L. 27 § 7 h. t. Ulpianus: Sed si poena non fuisset adjecta compromisso, sed simpliciter sententia stari quis promiserit, incerti adversus eum foret actio.

wurden, das compromissum aber aus vollkommen freiem Antriebe eingegangen wurde; ja es lag überhaupt garnicht die Möglichkeit eines Zwanges vor, denn nur durch das Compromissum und soweit dasselbe reichte, erhielt der arbiter die Macht auf den Willen der Parteien einzuwirken.

Mithin enthält der Schiedsvertrag in dieser Beziehung nichts Besonderes, sodass wir die für ihn entwickelten Regeln getrost als allgemeingültig betrachten dürfen.

Da ist zunächst fr. 32 § 2 de recept. 4. 8. Paulus libro XIII ad edictum:

Si mulier alieno nomine compromittat, non erit pecunia compromissa propter intercessionem.

Hier heisst es: eine Frau will eine fremde Streitsache auf eigene Rechnung, also als procuratrix in rem suam, vor dem Schiedsrichter durchführen; zu diesem Zwecke muss sie versprechen, sich dem Schiedsspruch zu unterwerfen und im Falle des Ungehorsams eine Strafe zu entrichten. In der Uebernahme des Prozesses liegt eine Intercession, und daher ist das Versprechen, das schiedsrichterliche Urtheil zu erfüllen, nach dem S. C. Vellejanum ungültig. Das trifft aber nicht in Bezug auf die Pönalstipulation zu; in ihr verspricht die Frau eine Geldsumme, die ihr Rechtsvorgänger nie schuldig gewesen, und zwar für eine Unterlassung, zu der er nie verpflichtet war, denn die Hauptleistung, auf welche der arbiter sein Urtheil richtet, war zwar seine Schuld, doch niemals die Strafsumme, deren Höhe zu bestimmen ganz der freien Vereinbarung zwischen der Frau und ihrem Processgegner anheimgegeben war. In dem Abschluss der Pönalstipulation an sich kann also eine Intercession nicht gesehen werden, und doch soll dieselbe ungültig sein, und zwar, wie Paulus ausdrücklich sagt „propter intercessionem". Damit ist doch offenbar gesagt, dass die Pönalstipulation wegen der im Hauptvertrage liegenden Intercession ungültig ist.

Ferner fr. 32 § 8 eodem.. Si servus compromiserit, non cogendum dicere sententiam arbitrum, nec si dixerit, poenae exsecutionem dandam de peculio putat Octavenus. sed an si liber cum eo compromiserit, exsecutio adversus liberum detur videamus: sed magis est, ut non detur.

Wir wollen diese Stelle an einem Beispiel untersuchen. Der Sclave Pamphilus, welcher ein Gewerbe selbstständig betreibt und

ein Peculium besitzt, hat dem römischen Bürger Sejus einen goldenen Ring verkauft. Nachträglich weigert er sich, den Ring herauszugeben, und behauptet gar gegen den Sejus noch Ansprüche zu haben; man einigt sich dahin, diesen Streit dem Schiedsspruch des Titius zu unterbreiten. Die Parteien geben einander das Versprechen, dem Urtheil Folge zu leisten und im Falle des Ungehorsams dem Gegner als Strafe 100 zu zahlen; Titius übernimmt das Schiedsamt und fällt seinen Spruch.

Nun wirft der Jurist zwei Fragen auf, die wir gesondert behandeln wollen.

1) Wenn der Pamphilus einer Anforderung des Schiedsrichters nicht Folge leistet, soll dann dem Sejus gegen den Herrn des ersteren eine actio de peculio auf die Strafsumme zustehen? Wir entnehmen aus den Worten des Paulus, dass der Hauptvertrag d. h. das Versprechen, sich dem Urtheil zu unterwerfen, durch den allein der Schiedsvertrag begründet wird (cf. 27 § 7 citata), ungültig ist, weil Sclaven keine Schiedsverträge abschliessen dürfen, und dass desshalb der Titius auch nicht hätte gezwungen werden können seinen Spruch zu fällen — aber, würde Sejus einwenden, das ist ganz irrelevant, hier handelt es sich um die Pönalstipulation, um deren Gültigkeit zu prüfen bedarf es nicht eines Zurückgehens auf den Hauptvertrag, wir dürfen sie nur an sich betrachten und finden dann Folgendes: a) es ist nirgends gesagt, dass ein Sklave keine Pönalstipulation abschliessen darf; b) für die Gültigkeit der Pönalstipulation kommt es nur darauf an „ob an sich ein Versprechen dieses Inhalts unter dieser bestimmten Bedingung zulässig und gültig sei“ (Arndts). Die Bedingung aber ist einfach, wenn der Pamphilus sich den Anordnungen des Titius widersetzt, also wenn er zur Herausgabe des Ringes aufgefordert, diesen nicht giebt oder wenn er zum angesetzten Termin nicht erscheint, — und eine promissio mit der Bedingung: si annulum non dedero oder: si certo loco non stetero muss in jeder Beziehung als vollkommen unbedenklich erscheinen; man darf auch keinesfalls annehmen, die Pönalstipulation werde dadurch afficirt, dass neben ihr noch ein anderer Vertrag besteht (Wolff).

Diesen Ausführungen ist unbedingt zuzustimmen, wenn man die Gültigkeit der Pönalstipulation unabhängig vom Hauptvertrage beurtheilt. Auf diesem Standpunkt steht aber Paulus, und mit ihm auch schon der bei Weitem ältere Octavemus, nicht; ihre Erwägungen

sind vielmehr folgende: Der mit einem Sclaven abgeschlossene Schiedsvertrag ist ungültig und würde, auch wenn eine Strafe nicht vereinbart wäre, für den Sejus eine Klage auf das Interesse nach fr. 27 § 7 h. t. cit. jedenfalls nicht erzeugen, aus diesem Grunde ist auch die hinzugefügte Pönalstipulation ungültig, denn wo keine Verbindlichkeit vorliegt, da kann auch nicht von einer Verletzung geredet werden.

2) Aber auch dann, wenn der Sejus einer Anordnung des arbiter nicht Folge leistet, soll gegen ihn eine Klage auf die versprochene Strafe nicht begründet sein; in diesem Falle kann doch erst recht nicht gesagt werden, dass die Pönalstipulation den Grund ihrer Ungültigkeit in sich selbst trägt, vielmehr ist auch hier der Gesichtspunkt massgebend, dass die Ungültigkeit des Hauptvertrages — Ungültigkeit der Pönalstipulation zur Folge hat; dieser Gedanke ist, wie ich glaube, in den citirten Stellen deutlich genug ausgesprochen.

Wir wollen nun sehen ob die hier vertretene Anschauung oder die entgegengesetzte den Bedürfnissen des Lebens und den allgemeinen Zwecken des Rechts besser entspricht?

Mehmen wir folgenden Fall: A verkauft dem B „das Gut N" für den Preis von 200.000, B verspricht den Kaufpreis am ersten des kommenden Monats zu berichtigen und im Falle der Säumigkeit für jeden Monat als Strafe 1000 zu zahlen. Bald nach Abschluss stellt es sich heraus, dass der Käufer als Kaufobject ein schönes Rittergut im Auge hatte, während der Verkäufer an eine kleine Landparcelle dachte, die denselben Namen trägt. Der Kaufvertrag ist ungültig wegen mangelnder Willensübereinstimmung zwischen den Parteien, weder kann B das Rittergut oder auch selbst die Landparcelle fordern, noch kann A die Zahlung des Kaufpreises beanspruchen; und doch soll B zur Zahlung eines — ich möchte sagen — Ewiggeldes verpflichtet sein, wenn er es nicht vorzieht, sich durch einmalige Zahlung der in condicione befindlichen 200.000 von dieser Pflicht zu befreien? Die Gegner müssten allerdings so entscheiden, denn die Bedingung enthält nichts Unstatthaftes und bezüglich der Pönalstipulation lag vollkommene Uebereinstimmung vor.

Wer würde nicht mit Recht eine Gesetzgebung verspotten, die solch' einen Zustand billigen wollte?

Ebenso stellt sich die Sache in folgendem Falle dar: Es wird ein Vertrag geschlossen des Inhalts: Ich kaufe Dir dieses Pferd für soviel ab, wieviel Dein Erblasser für dasselbe gezahlt hat; es ergiebt sich, dass der Erblasser das Pferd zum Geschenk erhalten hatte, demnach ist der ganze Kaufvertrag wegen mangelnder Kaufpreisbestimmung ungültig, und doch soll der Verkäufer die auf unterlassene Tradition etwa gesetzte Strafe entrichten müssen.

Ein sehr gutes Beispiel enthält Seuffert's Archiv für Entscheidungen III. 41. Es wurde eine Sache unter der Hälfte des Werthes verkauft und für die verspätete Tradition eine Strafe ausbedungen. Das Gericht stellte sich im Allgemeinen auf den hier bekämpften Standpunkt, liess aber die Strafforderung dennoch nicht zu, indem es erklärte, es sei zwar nicht erforderlich, dass der Hauptvertrag gültig sei, er dürfe aber auch nicht „ganz ungültig" sein — ein Prinzip, das wegen seiner Unbestimmtheit wol wenig Anhänger finden wird. Der Fall ist aber insofern instructiv, als man sieht, dass jener Standpunkt nicht zu halten ist, sobald die Sache ernst wird.

Jemand hat vor Empfang der Valuta eine Darlehnsurkunde hingegeben, in der die Rückzahlung des Darlehns unter Strafe versprochen wird: Der Empfänger des Schuldscheins zahlt die Valuta nicht und wird nach Ablauf der Frist klagbar. Dass gegen die Klage auf Zahlung der als empfangen beurkundeten Summe die exceptio doli zuständig ist, wird von Niemand bestritten, man wird wohl aber auch kaum einen Richter finden der sie gegen die Klage auf Zahlung der Strafe verweigerte.

Ich erwähne schliesslich das Darlehn an Hauskinder; soll folgende Stipulation gültig sein: versprichst Du mir, wenn Du das Darlehn von 1000 nicht zurückerstattest, als Strafe 1000 zu zahlen? Der unerfahrenste juvenis luxuriosus hätte diesen Ausweg gefunden, wenn nicht die Geldverleiher sehr wol gewusst hätten, dass der Prätor auch in diesem Falle die exceptio S. C^{i} Macedoniani gegen sie bereit hielt.

Wir sehen also, dass alle Einreden mit denen der Hauptvertrag angefochten werden kann, auch gegen die Klage auf die Strafe zulässig sind.

Es erübrigt jetzt noch, in den nächsten §§ einige besonders geartete Ungültigkeitsgründe darauf zu untersuchen, ob ihr Vor-

handensein im Hauptvertrage auch der hinzugefügten Pönalstipulation die Wirksamkeit benehme.

§ 7. Fortsetzung IV. Ungültigkeit wegen Formmangels.

Es wird häufig behauptet, dass ein nudum pactum, welches den Zweck hat, eine Schuld zu begründen, und als solches nach römischer Anschauung wirkungslos ist, dennoch als Grundlage für eine wirksame Pönalstipulation geeignet sei.

Unterholzner I, 249 und Sintenis § 88 Anm. 9, und Andere, welche diese Ansicht vertreten, sind nicht im Stande irgend eine Quellenstelle zu ihrer Begründung anzuführen; in der That giebt es auch keine; die einzige Stelle, welche zu dieser Auffassung Veranlassung bieten könnte ist die const. 5 de c. et c. stip. 8. 37 citata; wir haben aber oben bereits gesehen, dass auch hier nicht von einem schuldbegründenden sondern von einem liberatorischen Vertrage geredet wird, der bekanntlich auch in Form eines nudum pactum geschlossen werden konnte.

Wir haben somit keine Veranlassung, bezüglich dieser ganz unbewiesenen Behauptung den Gegenbeweis anzutreten und können sie einfach auf sich beruhen lassen.

Ausser der allgemeinen Regel über das Erforderniss der Stipulationsform enthält das römische Recht auch noch besondere Bestimmungen, nach denen die Wirksamkeit eines Vertrages theils auf Grund unmittelbarer gesetzlicher Vorschrift, theils auf Grund privater Vereinbarung — von der Beobachtung einer bestimmten Form abhängig gemacht wird.

Nach unmittelbarer gesetzlicher Vorschrift ist namentlich die Gültigkeit einer Schenkung, die den Werth von 500 solidi übersteigt an die gerichtliche Insinuation gebunden. In Ermangelung dieser Form soll der Schenkungsvertrag, sei es dass er durch mündliches Versprechen, sei es dass er durch sofortige Hingabe vollzogen war — in Betreff des Mehrbetrages nichtig sein: das Versprechen ist klaglos, das Hingegebene kann dem Empfänger abgefordert und selbst von einem Dritten vindicirt werden, und auch auf Vollziehung der Insinuation soll kein Anspruch bestehen.

Wie nun, wenn sich in einer Schenkungsurkunde, die nicht insinuirt ist, folgende Vereinbarung findet: versprichst Du den geschenkten Gegenstand nicht zurückzufordern, und wenn Du es thust eine Strafe zu zahlen, oder: versprichst Du mir diesen Gegen-

stand Schenkungshalber zu übereignen, und wenn Du es nicht thust eine Strafe zu entrichten; sollen wir diese Pönalstipulationen für gültig erklären?

Direct ist diese Frage in den Quellen nicht beantwortet, aber nach den gewonnenen Grundsätzen werden wir uns mit grosser Bestimmtheit für die Ungültigkeit entscheiden müssen. Ausserdem würde die Anerkennung einer solchen Stipulation, der Umsicht eines Gesetgebers nur wenig Ehre machen. Die ratio dieses Gesetzes liegt doch darin, dass der Einzelne gegen seinen eigenen Leichtsinn und seine Unüberlegtheit geschützt werde: auch selbst wenn er im Augenblick den festen Entschluss gefasst hatte, eine bestimmte Rechtswirkung hervorzurufen, soll diesem seinem Willen keine Folge gegeben werden, wenn es sich nicht erweist, dass er dauernd bei demselben verharrt. Das Gesetz würde diese Absicht aber schlecht verwirklichen, wenn es verfügte: ich verbiete zwar, dass eine Schenkung über 500 solidi ohne gerichtliche Insinuation wirksam vollzogen werde, aber ich gestatte, dass für den Fall der Nichterfüllung eines solche Schenkungsversprechens gültig eine Strafe versprochen werde.

Wir dürfen aber nicht übersehen, dass die obige Pönalstipulation keineswegs ihrem ganzen Umfange nach ungültig ist.

Nehmen wir zunächst folgenden Fall: A. verspricht dem B. einen Ring im Werthe von 100 solidi zu schenken und sagt ihm für den Fall der Nichterfüllung dieses Versprechens eine Strafe zu.

Zweifellos sind Schenkungsversprechen und Pönalstipulation gültig. Setzen wir nun in unserem Beispiel an Stelle der 100 solidi — 1000, dann ergiebt sich Folgendes: B. kann aus dem Schenkungsversprechen die Einräumung des Alleineigenthums an dem Ringe nicht fordern, wol aber kann er beanspruchen, dass ihm das Miteigenthum zur Hälfte gewährt werde, denn bis zu diesem Betrage ist die Schenkung gültig und begründet für A. eine Erfüllungspflicht. Wenn nun A. dem B. das Alleineigenthum nicht einräumen will, so kann letzterer, wie wir gesehen haben auch die Strafe nicht fordern. Wie aber wenn A. sich weigert ihm das Miteigenthum zur Hälfte zu gewähren? Offenbar kann B. dann die Strafe fordern und der Fall ist so zu behandeln, als ob das Hauptversprechen nur auf das Miteigenthum zur Hälfte ertheilt wäre, denn die Pönalstipulation ist ein Versprechen unter der Bedingung, dass der Promittent seiner Verpflichtung aus dem Hauptvertrage

nicht nachkommt — seine Verpflichtung besteht aber nur in der Gewährung des Miteigenthums. Diese Eigenthümlichkeit erklärt sich aus der besonderen Wirkung der nicht insinuirten Schenkung, indem der donator zwar nicht in demselben Umfange verpflichtet wird, in dem er sich verpflichten wollte, wol aber in einem geringeren.

Diese Entscheidung können wir dahin generalisiren:

> Erzeugt ein Vertrag zwar nicht diejenige Verbindlichkeit, welche die Parteien zu begründen beabsichtigten, wol aber eine geringere — dann gilt die hinzugefügte Pönalstipulation nur als auf Verletzung dieser geringeren Verbindlichkeit gesetzt.

Etwas Aehnliches haben wir bereits bei denjenigen Verträgen beobachtet, die auf Unmögliches gehen.

Dieses Prinzip wird aber namentlich dann eine befriedigende Entscheidung ermöglichen, wenn in dem Hauptvertrage mehrere Leistungen zusammen versprochen wurden: Jemand lässt sich eine Anzahl bestimmter Handlungen versprechen, darunter auch eine verbotene, zum Schluss stipuliert er: si ita non feceris poenam dare spondes? Hier ist es klar, dass die Strafe gültig nur auf Unterlassung derjenigen Handlungen gesetzt sein kann, zu deren Vornahme eine Verbindlichkeit durch den Hauptvertrag begründet wird.

Von der durch Privatwillkür festgesetzten Form eines bestimmten Vertrages handelt:

> const. 17 de fide instr. 4. 21. Imp. Justinianus A. Menae pp. Contractus . . . . . . quos in scriptis fieri placuit . . . . . . non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint.

Die herrschende Meinung interpretirt diese Constitution restrictiv: Haben die Parteien sich über den Inhalt eines abzuschliessenden Vertrages geeinigt, aber vereinbart derselbe solle schriftlich vollzogen werden, so kann diese letztere Vereinbarung einen doppelten Sinn haben: Das Geschäft soll schon perfect sein und die Form soll nur zum Beweise dienen — oder das Geschäft soll erst durch die Vollendung der Form zur Perfection gelangen; im ersten Fall kann schon aus dem mündlichen Vertrage auf Erfüllung und auf Vollziehung der Schriftform geklagt werden, im

zweiten Falle erzeugt die mündliche Verabredung überhaupt gar keine Klage; im Zweifel ist das letztere anzunehmen.

Das ist wol so gedacht: Im ersten Fall zerfällt die Verabredung in zwei Theile a) Versprechen des Leistungsgegenstandes b) Versprechen der Ausstellung einer Urkunde; beide Versprechen sind bindend ertheilt und klagbar. — Im zweiten Fall ist ein Vertrag überhaupt nicht zu Stande gekommen, denn die Parteien haben ihren Willen bezüglich eines Punktes, den sie selbst für wesentlich erklären, noch nicht gebunden, also etwa als ob sie gesagt hätten: Ich bin zwar nicht abgeneigt diesen Vertrag zu schliessen, will mir jedoch die Sache noch überlegen.

Wie ist nun zu entscheiden, wenn die Parteien einer solchen mündlichen Vereinbarung eine Pönalstipulation hinzugefügt haben?

Ist die Absicht erkennbar, dass die Schriftform nur dem Beweise dienen sollte, dann liegt nach Obigem ein gültiger Hauptvertrag vor, und die Pönalstipulation muss als auf die Nichterfüllung und Nichtvollziehung der Schriftform gesetzt betrachtet werden. Ergiebt sich dagegen, dass nach der Absicht der Parteien der Vertrag erst durch die vollzogene Schriftform perficirt werden sollte, dann fehlt es nicht nur an einem gültigen, sondern überhaupt an einem Hauptvertrage und kann deshalb schlechthin von einer Pönalstipulation nicht geredet werden.

Es fragt sich nun, wenn in diesem Falle ein Zweifel über die Absicht der Parteien besteht, ob dann auch die oben erwähnte Präsumtion platzgreift; ich würde geneigt sein, diese Frage zu verneinen (cf. fr. 12 de reb. dub. 34. 5) und anzunehmen, dass aus der Beifügung der Pönalstipulation sich die Absicht ergebe, die Schriftform solle nur die Bedeutung eines Beweismittels haben.

Nach denselben Grundsätzen wird eine Pönalstipulation zu beurtheilen sein, die einem Vertrage beigefügt ist, welcher wegen Verletzung einer der verschiedenen Formvorschriften des heutigen Rechts ungültig ist: Ist die bezügliche Form nur mit Rücksicht auf den Beweis vorgeschrieben oder soll die Beobachtung derselben dem Gläubiger nur besondere Vortheile gewähren, dann kann sowol auf die Nichtvornahme der versprochenen Handlung, als auch auf die Nichtvollziehung der Form gültig eine Strafe gesetzt werden; soll dagegen die Beobachtung der Form überhaupt das Zustandekommen des Geschäfts bedingen, dann kann die formlose

Vereinbarung eine geeignete Grundlage für die Pönalstipulation nicht abgeben.

§ 8. Vertrag auf Leistungen ohne Vermögenswerth.

Nachdem wir im Vorstehenden diejenigen Quellenstellen betrachtet haben, in denen das Erforderniss eines gültigen Hauptvertrages ausdrücklich ausgesprochen ist, müssen wir uns nunmehr einigen wenigen Fragmenten zuwenden, welche von den Vertretern der gegentheiligen Ansicht[1]) als Stützen benutzt werden.

Es sind dieses

fr. 38 § 17 de V. O. 45. 1 Ulpianus libro XLIX ad Sabinum. Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur; inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum ut alii detur, nihil interest mea. plane si velim hoc facere, poenam stipulari conveniet, ut, si ita factum non sit, ut comprehensum est, committetur stipulatio etiam ei, cujus nihil interest, poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio stipulationis.

fr. 38 § 1 u. 2 eodem: Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum § 2 At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere.

Sowie die entsprechenden Stellen der Justinian'schen Institutionen: § 19 de inutil. 3. 19 enthält fast genau den Wortlaut des fr. 38 § 17 cit. mit dem Zusatz: ergo si quis stipuletur Titio dari, nihil agit, sed si addiderit de poena 'nisi dederis, tot aureos dare spondes?' tunc committitur stipulatio. Dazu

§ 20 eodem. Sed et si quis stipuletur alii, cum ejus interesset, placuit stipulationem valere ....

§ 21 eodem. Versa vice qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi poenam ipse promiserit.

Bei näherer Betrachtung wird sich aber ergeben, dass diese Stellen unserer Anschauung keineswegs allgemein widersprechen,

---

[1]) So namentlich Arndts § 211 e. Vangerow 614 I. und Neuenfeldt Ist die Conventionalstrafe ihrem Grundprinzipe nach Strafe oder Ersatzleistung? Inaug.-Diss. Berlin 1885, § 24, — welche sich vorzugsweise auf die im Text citirten Stellen beziehen.

und dass sie, soweit sie auf die Conventionalstrafe Bezug haben, nur folgende zwei Sätze zum Ausdruck bringen:

1. Die Strafe kann auch dann gefordert werden, wenn der Gläubiger an der Erfüllung des Hauptvertrages ein Interesse nicht hat.
2. Einem Vertrage, in welchem die Handlung eines Dritten ausbedungen ist, kann eine Pönalstipulation gültig beigefügt werden.

Wir wollen zunächst uns dem ersten Satze zuwenden, dessen Behandlung sich in die vielbestrittene Frage zuspitzt, ob ein Vertrag gültig ist, der eine nichtvermögenswerthe Leistung zum Gegenstand hat? Dabei erscheint auffallend, dass, während man heute dieser Frage die grösste Aufmerksamkeit schenkt, — dieselbe von den Quellen fast vollständig ignorirt wird.

Der Grund dieser Verschiedenheit scheint mir darin zu liegen, dass zufolge der durchaus veränderten Processgrundsätze auch die praktische Bedeutung dieser Frage erst heute eine erhebliche geworden ist.

Nach § 773 f. f. der D. C. P. O. kann in Uebereinstimmung mit den meisten neueren Processgesetzen eine Verurtheilung und Zwangsvollstreckung auf ein Thun oder Unterlassen erfolgen. Das Gesetz giebt darüber aber keine Aufklärung, ob jede Handlung nun erzwungen werden kann, oder ob dieselbe gewissen Voraussetzungen entsprechen muss. Soll z. B. Derjenige zur Erfüllung seiner Zusage angehalten werden, welcher einem Anderen versprochen hat, mit ihm einen gemeinsamen Spaziergang zu unternehmen, oder ihn durch Klavierspiel nicht zu stören? Eine solche Frage konnte im römischen Recht garnicht aufgeworfen werden. Im Processrecht der classischen Zeit gab es nur eine condemnatio pecuniaria, der Richter durfte nur auf Geld erkennen [1]).

---

[1]) R. v. Ihering, Jhrb. f. Dogm. B. 18, S. 56—58 glaubt, dass auch das ältere Recht in gewissen Fällen die condemnatio ad faciendum zur Anwendung brachte. Die Stellen aber, welche er zum Beweise anführt, betreffen überall nicht das Obligationenrecht, sie handeln vielmehr von der Erzwingung publicistischer, familienrechtlicher und religiöser Pflichten auf dem Verwaltungswege. Der classische Grundsatz ist erst im späteren Kaiserrecht durchbrochen und zwar nur bezüglich der Herausgabe körperlicher Sachen.

Daher lautete das Urtheil nur dann auf den ursprünglichen Gegenstand des Versprechens, wenn dieser in Geld bestand, sei es certa pecunia z. B. 'decem dare spondes?' oder incerta z. B. 'usuras semisses dare spondes?'

War ein dare certam rem zugesagt, z. B. die Uebereignung eines Grundstücks, dann konnte der Beklagte jedenfalls — auch abgesehen von dem später zu erörternden Interesse des Gläubigers — angewiesen werden, den wahren Werth des Grundstücks dem Kläger zu erstatten.

Anders, wenn ein facere den Gegenstand des Vertrags bildete; hier konnte ein Doppeltes eintreten.

1) Hatte die versprochene Sache einen Marktpreis, wie Solches z. B. bei der Leistung gemeiner Dienste der Fall war (fr. 26 § 12 de cond. ind. 12. 6), dann war eine Verurtheilung auf diese Summe in jedem Falle zulässig;

2) Hatte die Handlung dagegen einen solchen feststehenden Marktpreis nicht, oder entzog sie sich ihrer Natur nach überhaupt einer Schätzung, dann musste der Richter die Beschaffenheit des streitigen Verhältnisses ins Auge fassen und prüfen, wie gross der Vermögensschade sei, der dem Gläubiger durch die Nichterfüllung des Versprechens verursacht war; — die entsprechende Summe, das Interesse, sprach er dann dem Kläger zu. Hier bildete das Interesse den einzigen Gegenstand der Klage; es konnte aber auch in Verträgen, die auf dare und auf ein facere der sub 1. bezeichneten Art gingen, nebenbei berücksichtigt werden, wenn es sich nicht um ein judicium stricti juris handelte, bei dem, wie wir oben gesehen haben, das Interesse des Klägers nicht in Anschlag gebracht wurde. Für uns kommen hier namentlich diejenigen Verträge in Betracht, welche eine Klage nur auf das Interesse begründen. Es wird nämlich vielfach behauptet, eine Klage auf das Interesse könne nur aus einem solchen Vertrage entspringen, dessen Leistungsgegenstand an sich einen Vermögenswerth habe.

Da selbst durch geringfügige Aenderungen des Ausdrucks leicht Misverständnisse entstehen können, will ich die Meinungen der Hauptvertreter dieser Lehre im Wortlaut folgen lassen.

Sintenis § 82, 4b. „Für den Inhalt der Handlungen, welche Gegenstand irgend einer Obligation werden sollen, ist es im Allgemeinen nothwendig, dass sie für den Gläubiger einen Ver-

mögenswerth haben, d. h. einen solchen, der sich nach Geld . . . . messen lässt." Ferner: § 83. 5. „Es ist nämlich vor Allem, wie schon z. A. des vorigen § bemerkt wurde, um eine Handlung überhaupt als von privatrechtlicher Natur erscheinen zu lassen, erforderlich, dass sie für den Gläubiger ein Interesse d. i. einen Vermögenswerth habe."

Unterholzner I, S. 212. „Ein gültiges Schuldverhältniss kann nur auf Leistungen gerichtet sein, welche sowol überhaupt einen Werth haben, als auch insbesondere für den Berechtigten von Werth sind" und auf S. 213. „Wenn eine Leistung nur insofern Werth hat, als sie eine das Vermögen gar nicht betreffende, also auch nicht zu schätzende Annehmlichkeit gewährt, so kann sie nicht Gegenstand einer Schuldforderung sein. Aber auch bei Leistungen, die an sich schätzbarer Art sind, kann doch in der Regel nur für denjenigen eine Forderung entspringen, für den sie einen Schätzungswerth haben."

Savigny, Obligationenrecht I, S. 9. „Nur diejenigen Handlungen aber sind zu Obligationen geeignet . . . . . die einen Vermögenswerth haben, oder einer Schätzung in Geld empfänglich sind."

Uebereinstimmung herrscht unter den drei genannten Schriftstellern über Folgendes: Es giebt gewisse Kategorien von Leistungen, welche Gegenstand einer gültigen Obligation sein können, andere aber, die dieses schlechthin nicht sein können; zu letzteren gehören diejenigen, welche einen Vermögenswerth nicht haben. Demnach kann man es einem Vertrage bei seinem Abschlusse ansehen, ob er im Stande sei eine Klage zu erzeugen: Ist eine nicht vermögenswerthe Leistung zugesagt, dann ist es von Hause aus klar, dass ein Klagerecht nicht entstehen werde.

In einem Punkt gehen Sintenis und Unterholzner noch weiter als Savigny; nach ihnen soll eine gültige Obligation auch dann nicht entstehen, wenn eine an sich schätzbare Leistung einer Person versprochen ist, für welche sie keinen Schätzungswerth hat. Hierzu muss bemerkt werden, dass für die Frage, ob eine Obligation gültig entstanden ist, doch nur der Zeitpunkt der Entstehung massgebend sein kann: in diesem müssen alle Erfordernisse vorhanden sein.

Nehmen wir nun folgendes Beispiel: A., der von einer Leibrente lebt und keinerlei Geschäfte betreibt, glaubt, es werde demnächst durch den Eintritt irgend eines Ereignisses eine Zeit an-

brechen, in der sich mit wenig Geld viel verdienen lässt; um sich für diese Eventualität die erforderlichen Mittel zu sichern, schliesst er mit N. einen Darlehnsvorvertrag, nach welchem letzterer sich verpflichtet, ihm sobald er Solches wünscht 10,000 zu 10 % vorzustrecken. Aus irgend einem Grunde sieht A. sich veranlasst vor Eintritt jenes Ereignisses das Geld zu fordern, N. zahlt es nicht und A wird klagbar. Nach fr. 68 de V. O. 45. 1. kann er nur sein Interesse fordern; er ist aber nicht im Stande nachzuweisen, dass er das Geld zu mehr als 10 % hätte verwerthen können, er wird daher mit seiner Klage zur Zeit abgewiesen Als sich ihm später die Gelegenheit zu einem wirklich glänzenden Verdienst bietet, stellt er die Klage von Neuem an; jetzt weist er nach, dass ihm ein Geschäft entgangen sei, bei dem er wenigstens 5000 in einem halben Jahre verdient hätte; er fordert also 4500 d. h. 5000 minus den halbjährigen Zins im Betrage von 500. Nun aber wendet der Beklagte gestützt auf Unterholzner und Sintenis ein: Der Vertrag ist überhaupt nicht gültig zu Stande gekommen, da der Kläger bei Abschluss desselben an der Erfüllung gar kein Interesse hatte; er konnte damals nicht nur nicht 10 % sondern noch keine 5 % aus dem Gelde machen, deshalb bitte ich ihn abzuweisen.

Ich glaube nicht, dass irgend ein Richter diesen Einwand hören würde, und wir werden unten sehen, dass auch die römischen Juristen von ihm nichts wissen wollen.

Untersuchen wir nun die Lehre Savigny's, wonach wenigstens erforderlich ist, dass die Leistung an sich einen Vermögenswerth habe, gleichfalls an einem Beispiel: Ein junger Mann, der an einem nicht sehr bösartigen aber äusserst vernachlässigten Nervenübel leidet, hat einen ihm sehr wohlgesinnten Oheim; letzterer beauftragt einen Arzt mit der Heilung seines Neffen, und verspricht ihm für den Fall, dass das Uebel im Laufe eines Jahres gehoben sein sollte, eine Extravergütung von 1000; der Arzt redet dem jungen Manne ins Gewissen und überzeugt ihn, dass es an der Zeit sei eine energische Cur zu unternehmen; um aber ganz sicher zu sein, dass seine Vorschriften genau erfüllt werden, schliesst er mit seinem Patienten einen förmlichen Vertrag, nach dem der Patient sich verpflichtet in diesem Jahre weder zu trinken noch zu rauchen, täglich ein kaltes Bad zu nehmen und eine Stunde spazieren zu gehen. — An dem Willen des Patienten, sich wirksam zu ver-

pflichten, waltet kein Zweifel ob. Trotzdem bricht er das gegebene Versprechen und die Folge davon ist, dass die Krankheit sich verschlimmert und der Arzt natürlich die zugesagte Extravergütung nicht erhält.

Wenn nun durch ärztliche Gutachten festgestellt wird, dass bei Beobachtung der Vorschriften, die Genesung offenbar eingetreten wäre, was sollte uns hindern, den Neffen zu verurtheilen, dass er dem Arzt die 1000 ersetze, die diesem infolge der Verletzung des Vertrages entgangen sind? Jedenfalls keine Regel des römischen Rechts; und doch waren die zugesagten Leistungen an sich nicht vermögenswerthe.

In den verschiedenen beiden Entscheidungen haben wir das nachstehende sofort aus den Quellen zu erweisende Prinzip zur Anwendung gebracht, dass

1. jeder Vertrag — gleichgültig ob die versprochene Leistung an sich einen Vermögenswerth hat oder nicht — eine Klage auf das Interesse nur dann erzeugt wenn infolge der Nichterfüllung in casu für den Gläubiger wirklich ein Vermögensschade entstanden ist, wobei es bedeutungslos ist, ob der Gläubiger schon zur Zeit des Vertragsabschlusses ein Interesse an der Erfüllung hatte oder nicht; — und dass
2. ein Vertrag der auf eine an sich überhaupt nicht vermögenswerthe Leistung gerichtet ist, jedesmal dann eine Klage erzeugt, wenn infolge der Nichterfüllung in Verbindung mit besonderen Umständen für den Gläubiger ein Vermögensschade entstanden ist; der Ersatz dieses Schadens bildet dann den Gegenstand der Klage.

Zum Beweise des ersten Satzes mögen die beiden folgenden Stellen dienen:

o) fr. 8 § 6 mandati 17. 1. Ulpianus libro XXXI ad edictum.

Mandati actio tunc competit, cum coepit interesse eius qui mandavit: ceterum si nihil interest, cessat mandati actio, et eatenus competit, quatenus interest. utputa mandavi tibi, ut fundum emeres: si intererat mea emi, teneberis: ceterum si eundem hunc fundum ego ipse emi vel alius mihi neque interest aliquid, cessat mandati actio. mandavi ut negotia gereres: si nihil deperierit, quamvis nemo gesserit, nulla actio est, aut si alius idonee gesserit, cessat mandati actio, et in similibus hoc idem erit probandum.

Der Jurist wirft hier überall nicht die Frage auf, ob die aufgetragene Handlung an sich einen Vermögenswerth habe, oder ob der Mandant an der Vornahme derselben schon bei Abschluss des Vertrages vermögensrechtlich interessirt war; davon soll die Gültigkeit des Mandats nicht abhängig gemacht werden; denn das in fr. 2 h. t. erwähnte Erforderniss des Mandats, es müsse mandantis gratia erteilt sein, bezieht sich nicht auf das Vermögensinteresse des Mandanten; es soll damit nur gesagt sein, Gegenstand des Mandats müsse eine solche Handlung sein, die für den Mandanten vorzunehmen ist; so ist auch nur das vielfach missverstandene fr. 54 h. t. aufzufassen.

Das Mandat ist also gültig ertheilt, wenn die aufgetragene Handlung — gleichgültig ob sie einen Vermögenswerth an sich hat oder nicht — sich auf die Angelegenheiten des Mandanten bezieht.

Eine andere Frage aber ist — und diese behandelt Ulpian hier — wann aus dem gültig entstandenen Vertrage eine Klage entspringt?

Die Antwort lautet: Nur dann, wenn durch die Nichterfüllung des Vertrages pro casu für den Gläubiger ein Vermögensschaden entstanden ist; gleichgültig aber ist es, ob der Mandant schon zur Zeit des Abschlusses ein Interesse hatte oder nicht. Nehmen wir z. B. folgenden Fall: Titius beabsichtigt demnächst ein ergasterium zu eröffnen und beauftragt den Sejus, ihm die zu diesem Betriebe erforderlichen Sclaven aufzukaufen. Zum angesetzten Termin hat Sejus sich seines Auftrags noch nicht entledigt. Wenn nun aber Titius seinerseits auch noch nicht den Aufbau der Werkstatt beendet hat, und mithin die gewünschten Sclaven gar nicht verwerthen konnte, sodass die Erfüllung des Mandats ihm anstatt Vortheil — Unkosten bereitet hätte, kann er dann eine actio mandati directa gegen Sejus durchführen? Nach der Entscheidung Ulpian's gewiss nicht, und doch war das Mandat gültig zu Stande gekommen.

b) fr. 32 locati 19. 2. Julianus libro IV ex Minicio.

Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit. Cassius negavit posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset. quod si colonus vellet colere et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere: et hoc detrimentum ad heredem

pertinere: sicuti si quis rem, quam vendidisset nec dum tradidisset, alii legasset, heres ejus emptori et legatario esset obligatus.

Mit dieser Entscheidung Julian's sucht Sintenis folgenden Satz zu begründen: „Es ist möglich, dass das privatrechtliche Interesse einer Handlung für den Gläubiger, welches sie erst befähigt, Inhalt einer Obligation zu werden, späterhin erlischt, wodurch dann die letztere selbst untergeht.“ (§ 106 S. 477.)

Der Grund also, wesshalb der Erbe gegen den Pächter keine Klage hat, soll der sein, dass die Obligation wegen Fortfalles des Vermögensinteresses untergegangen ist.

Dass nun das ganze Pachtverhältniss d. h. die Verbindlichkeiten und Rechte auf beiden Seiten untergegangen seien — davon kann nicht die Rede sein, denn ausdrücklich sagt Julian, dass der Pächter gegen den Erben auf Gewährung der gepachteten Sache klagen könne; ebensowenig wird man sagen können, dass alle Rechte des Verpächters für den Erben erloschen seien, denn wenn er dem Pächter den Genuss der Sache verschafft hat, wird ihm wol Niemand das Recht absprechen wollen den Zins zu fordern. Es kann also die Meinung von Sintenis höchstens die sein, dass der Erbe vom Pächter nicht verlangen darf, dass er das Grundstück bebaue, sein Recht dieses zu fordern ist durch Fortfall des Vermögensinteresses untergegangen. Sehen wir zu, ob dieses richtig ist.

Nach der species facti ist der Verpächter gestorben, der Erbe tritt die Erbschaft an und im selben Augenblick erwirbt der Legatar das Eigenthum an dem ihm unbefristet vermachten Pachtgrundstück. Das Pachtverhältniss im Ganzen bleibt, wie wir gesehen haben, zwischen dem Erben und dem Pächter bestehen, nur das Recht des Ersteren von dem Letzteren die Bebauung des Grundstücks zu verlangen soll fortgefallen sein. Nehmen wir nun den Fall, es sei dem Erben an dem Besitz des fraglichen Grundstücks viel gelegen; er findet den Legatar mit einer Geldsumme ab und erhält von diesem das Eigenthum am Landgut, kann er nun den Pächter durch eine Klage zur Bebauung anhalten? Wir werden das ohne Zweifel bejahen, denn jetzt fällt ja der von Cassius für die Verweigerung der Klage angeführte Grund „quia nihil heredis interesset“ fort. Das steht aber nicht im Einklang mit dem von Sintenis aufgestelltem Princip, wonach dieses Recht durch den Eigenthumswechsel untergegangen ist; denn wenn ein zwischen A und B durch Vertrag entstandenes Rechtsverhältniss

untergegangen ist, so kann es durch einen Vertrag zwischen A und C doch nicht wieder ins Leben gerufen werden.

Sintenis muss aber auch noch eine weitere Consequenz ziehen: Nehmen wir an, das Pachtgrundstück sei dem Legatar verblieben und der Erbe hätte denselben durch eine Geldzahlung und das Versprechen ihm allen etwa entstehenden Schaden zu vergüten — willig gemacht, dem Pächter die Benutzung des Landgutes zu gewähren. Der Pächter bleibt auf dem Gute sitzen, vernachlässigt dasselbe aber in unerhörter Weise; dem Eigenthümer (legatarius) ist dieses gleichgültig, da er ja das Recht hat, sich wegen der Schäden an den Verpächter (Erben) zu halten, er lässt daher den Pächter unbehelligt. Das wird dem Verpächter aber natürlich zu arg und er erklärt: Da Du das Landgut missbraucht hast, so kündige ich Dir auf Grund des fr. 54 § 1 locati und const. 3 eodem den Vertrag. Darauf erwidert der Pächter: Hiezu bist Du nicht berechtigt, Du darfst mich nur dann vertreiben, wenn ich meinen Obliegenheiten aus dem Vertrage nicht nachkomme, den Pachtzins habe ich Dir regelmässig gezahlt, und meine Verbindlichkeit zur Bebauung des Grundstücks ist durch den Eigenthumsübergang erloschen. Sintenis giebt ihm Recht. Nun bleibt dem Erben noch ein Mittel: nachdem er nach Beendigung der Pachtzeit dem Legatar allen Schaden wie vereinbart ersetzt, der diesem durch die Vernachlässigung des Landgutes seitens des Pächters entstanden, präsentirt er dem Letzteren die Rechnung und verlangt, dass er ihn schadlos halte. Darauf erwidert der Pächter wiederum: Womit willst Du Deine Klage begründen; ich habe nichts gethan, was mir verboten war, und nichts unterlassen, wozu ich verpflichtet war, meine Verbindlichkeit, das Grundstück zu bebauen, war untergegangen, mithin hatte ich das Recht dasselbe unbebaut liegen zu lassen und wer nur sein Recht ausübt, macht sich nicht ersatzpflichtig, ich habe es auch keineswegs aus Chikane gethan, denn die Bebauung hätte mir viel Geld gekostet.

Wir sehen also zu welchen Consequenzen das von Sintenis vertretene Princip führen muss; dasselbe ergiebt sich denn auch keineswegs, weder aus unserer lex 32, noch aus den anderen von Sintenis a. a. O. citirten Stellen.[1])

---

[1]) fr. 97 § 1 V. O. besagt nur, dass die Stipulation „Titii nomine te soluturum“ unter der condicio tacita eingegangen sei, dass Titius insolvent

Die lex 32 cit. besagt vielmehr nur, dass aus jedem Vertrage — gleichgültig ob die versprochene Leistung an sich einen Vermögenswerth hat oder nicht — eine Interessenklage nur dann geltend gemacht werden kann, wenn durch die Nichterfüllung für den Gläubiger ein Vermögensschade entstanden ist.

Weder ist ein Vertrag ungültig, wenn bei seiner Entstehung der Stipulator ein Vermögensinteresse an der versprochenen Leistung nicht hatte, noch geht das aus einem gültigen Vertrage entspringende Recht unter, wenn dieses Interesse in der Folge fortfällt. Vielmehr kann der Gläubiger — wenn auch nicht im Wege der Klage — so doch dadurch, dass der andere Contrahent mit seinen Gegenansprüchen abgewiesen wird — die richterliche Anerkennung dessen erwirken, dass der Schuldner zur Vornahme der versprochenen Handlung verpflichtet sei. Ja noch mehr, wenn infolge später eintretender Umstände die zugesagte Leistung für ihn ein Vermögensinteresse erhält, steht ihm auch eine Klage zu.

Wir gehen nunmehr zu dem soeben schon berührten, oben sub 2 aufgestellten Satz über; für denselben scheint mir nachstehendes Fragment beweisend zu sein:

fr. 7 de praescr. verb. 19. 5. Papinianus libro II quaestionum
Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam praescriptis verbis, ut solvas quanti mea interest: aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.

Die Freilassung eines Sclaven gehört doch gewiss nicht zur Kategorie der an sich vermögenswerthen Handlungen, und doch erklärt Papinian einen Vertrag auf dieselbe für gültig; natürlich kann eine Klage aus diesem Vertrage nur dann entspringen, wenn durch die Nichterfüllung infolge besonderer Umstände für den Gläubiger ein Schade entstanden ist; das ist aber, wie wir gesehen haben, eine Besonderheit aller Verträge die nur mit einer Interessenklage ausgestattet sind.

Papinian mag vielleicht an folgendem Fall gedacht haben: Einem reichen Manne im fernen Osten, der nicht römischer Bürger

---

sein werde; fr. 8 § 6 mandati ist bereits besprochen; in fr. 136 § 1 V. O. und 11 de servitut. ist nur gesagt, dass der Vertrag auf Einräumung einer Servitut erlischt, wenn der Stipulator diejenigen Voraussetzungen in seiner Person einbüsst, welche zum Erwerb der Servitut rechtlich gefordert werden, es handelt sich also um Wegfall der Obligation wegen Unmöglichkeit der Erfüllung.

ist, wird von den Seeräubern ein Sohn entführt und nach Rom in die Sclaverei verkauft. Der Vater giebt dem Titius den Auftrag den Knaben ausfindig zu machen, loszukaufen und in die Heimat zurückzuführen, als Entgelt verspricht er ihm 1000; Titius findet den Käufer, giebt ihm 10 nnd lässt sich von ihm die Freilassung des Knaben versprechen. Wenn nun der Herr sich weigert die Freilassung zu vollziehen und den Knaben herauszugeben, dann kann eben Titius auf 1000 als auf sein Interesse klagen. Hier liegt nun das Interesse des Titius allerdings schon bei Abschluss des Vertrages mit dem Herrn vor, der Fall kann sich aber auch anders gestalten; nehmen wir an, Titius hätte vom Vater keinerlei Auftrag erhalten, er findet zufällig den Herrn des Knaben, und da er sehr wol weiss, dass der Vater ihm eine sehr grosse Belohnung für die Befreiung des Sohnes zahlen werde, schliesst er gegen Entrichtung von 10 den obigen Vertrag mit dem Herrn; nun schreibt er an den Vater: mir ist der Aufenthaltsort Deines Kindes bekannt, wenn Du mir 1000 versprichst, will ich seine Freilassung und Heimsendung bewirken; sagt nun der Vater ihm die geforderte Summe zu, dann beträgt das Interesse, welches Titius an der Freilassung hat, wiederum 1000, und diese Summe kann er fordern, wenn der Herr das gegebene Versprechen nicht erfüllt.

Dieselben Grundsätze finden denn auch natürlich auf die Verträge zu Gunsten Dritter Anwendung, wie Solches in den Quellen ausdrücklich bezeugt wird:

fr. 38 de V. O. 45. 1. Ulpianus libro XLIX ad Sabinum.

§ 20. Si stipuler alii cum mea interesset, videamus, an stipulatio committetur, et ait Marcellus stipulationem valere in specie hujusmodi. is qui pupilli tutelam administrare coeperat, cessit administratione contutori suo et stipulatus est rem pupilli salvam fore. ait Marcellus posse defendi stipulationem valere: interest enim stipulatoris fieri quod stipulatus est, cum obligatus futurus esset pupillo, si aliter res cesserit.

§ 21. Si quis insulam faciendam promiserit aut conduxerit, deinde ab aliquo insulam stipulatori fieri stipulatus sit; aut si quis cum promisisset Titio fundum Maevium daturum aut, si is non dedisset, poenam se daturum, stipulatus a Maevio fuerit fundum Titio datu iri: item si quis id locaverit faciendum, quod ipse conduxerit; constat habere eum utilem ex locato actionem.

§ 22. Si quis ergo stipulatus fuerit cum sua interesset ei dari in ea erit causa ut valeat stipulatio.

Der Wortlaut des § 22 sowie die Mehrzahl der von Ulpian gewählten Beispiele lassen allerdings vermuthen, dass der Jurist einen Vertrag zu Gunsten Dritter nur dann für gültig erklärt, wenn das Vermögensinteresse des Stipulators an der versprochenen Leistung schon im Zeitpunkt des Vertragschlusses vorhanden war. Das beruht aber wol nur auf einer zufälligen Auswahl der Beispiele, denn wenn die Quellen — wie sie von der herrschenden Meinung aufgefasst werden — bei Berechnung der Höhe des Interesses es für gleichgültig erklären, ob der dem Gläubiger verursachte Schade auf Umständen beruht, die beim Vertragsabschluss vorlagen oder auf solchen die erst später eintraten[1]), so liegt wirklich kein zwingender Grund vor anzunehmen, dass sie bei der Frage, ob ein vom Schuldner zu prästirendes Interesse überhaupt vorhanden sei, nach anderen Grundsätzen entschieden hätten. Es wird demnach bei dem ersten in fr. 38 § 21 cit. erwähnten Beispiel für die Begründung der Interessenklage gleichgültig sein, ob derjenige, welcher dem A. das Versprechen abnahm dem B. ein Haus zu bauen, seinerseits die Verbindlichkeit zur Erbauung des Hauses dem B. gegenüber vor jenem Vertrage oder erst nach Abschluss desselben auf sich nahm.

Wir gelangen demnach zu dem Satze, dass zur Gültigkeit eines Vertrages nicht erforderlich sei, dass die versprochene Leistung an sich einen Vermögenswerth habe, sondern dass auch solche Leistungen Gegenstand eines wirksamen und klagbaren Vertrages sein können, die an sich weder einen gemeinen Werth (Marktpreis) haben, noch auch sonst in Geld geschätzt werden können[2]), und

---

1) Mit Recht wird in einer Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts Band 4, S. 192 und des Reichsgerichts Band 19, S. 25 aus fr. 2, § 8 de eo quod c. l. 13. 4. gefolgert, der Gläubiger könne vom Schuldner den Ersatz auch desjenigen Schadens fordern, der ihm daraus entstand, dass er in Erwartung der Erfüllung seiner Forderung — eine Verbindlichkeit eingegangen ist, und infolge der Nichterfüllung seitens seines Schuldners nunmehr von seinem Gläubiger in Anspruch genommen wird.

2) Gegen die im Text vertretene Ansicht wird namentlich fr. 9, § 2 de statul. 40. 7. angeführt; es ist aber von Windscheid II, § 251 Anm. 3 und Ihering. Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn in den Jahrbüchern für Dogmatik, Bd. 18, S. 80 f. — nachgewiesen, dass diese Stelle unsere Frage überhaupt nicht berührt.

dass somit der Vertrag zu Gunsten Dritter, soweit die Person des Stipulators in Betracht kommt, als gültiger Vertrag stets zu betrachten ist; eine Klage aber entsteht aus solch' einem Vertrage — wie aus allen Verträgen die lediglich das Interesse des Gläubigers enthalten vgl. fr. 8 § 6 mand. cit. — nicht ohne Weiteres, sondern nur dann, wenn für den Gläubiger aus der Nichterfüllung ein Schade erwachsen ist; dieser Schade — das Interesse — ist dann der Gegenstand der Klage. Ein solches Interesse kann der Stipulator sich aber an jeder Leistung schaffen, indem er dieselbe, sei es vor Abschluss jenes Vertrages, sei es nach Abschluss desselben, einem Dritten gegen Geld verspricht, dann besteht eben der Schade, den er durch die Nichterfüllung erleidet, darin, dass ihm die versprochene Geldsumme entgeht.

Die hier entwickelten Grundsätze gehören aber erst dem neueren Rechte an, namentlich werden sie in fr. 38 cit. V. O. auf Marcellus zurückgeführt. Ohne Zweifel konnte im älteren Rechte eine Leistung zu Gunsten eines Dritten oder überhaupt eine Handlung, die an sich einen Vermögenswerth nicht hatte, wenigstens nicht durch eine Stipulation gültig versprochen werden. Die Stipulation erzeugte stets eine actio stricti juris (Keller § 88); wir haben aber gesehen, dass die actio stricti juris dem Gläubiger nicht sein Interesse gewährte, sondern nur soviel, als ihm versprochen war d. h. entweder das zugesagte Geld oder den gemeinen Werth der versprochenen Sache. Das wurde im späteren Rechte anders: auch aus der Stipulation konnte eine actio incerti entstehen, sodass auch der Stipulator sein Interesse klagend zur Geltung bringen konnte (Keller S. 462). Damit war dann die Möglichkeit gegeben auch durch Verbalcontract ein incertum und namentlich eine an sich nicht vermögenswerthe Handlung klagbar zu versprechen.

Noch weiter geht in dieser Beziehung v. Ihering im Rechtsgutachten betreffend die Gäubahn: Nicht nur zur Entstehung eines gültigen Vertrages soll ein Vermögenswerth der zugesagten Handlung nicht erforderlich sein, auch eine Klage soll dem Stipulator dann zustehen, wenn ihm durch die Nichterfüllung ein Vermögensschade nicht verursacht war; diese Lehre wird durch die Behauptung gestützt, dass im Civilprocess auch ein solches Interesse des Klägers in Geld geschätzt werden konnte, welches nicht auf einem Schaden am Vermögen beruhte (cf. a. a. O. S. 61 f. f.). Die dort citirten Stellen handeln aber theils gar nicht von einem Ersatz des

Interesse, sondern von einer Strafe, und theils wird in ihnen das ideelle Interesse nicht als Gegenstand der Schätzung bezeichnet, sondern nur als legislatorischer Grund genannt, wesshalb hier der Prätor eine Klage — aber nicht auf dieses Interesse sondern — auf das wirkliche Geldinteresse eingeführt hat. Dieses ist bereits von Fr. Mommsen zur Lehre vom Interesse S. 122 ff. eingehend dargethan, dessen Erörterungen Ihering an dieser Stelle merkwürdiger Weise nicht mit einem Worte erwähnt.

Wir haben im Vorstehenden unseren entgegengesetzten Standpunkt [1]) gekennzeichnet und es würde uns zu weit führen auf alle Einzelheiten der Ihering'schen Deductionen einzugehen, nur soviel sei bemerkt, dass der Grundfehler derselben mir darin zu liegen scheint, dass Ihering die Aussprüche römischer Juristen zu verwerthen sucht, um die Grenzen eines modernen Instituts zu bestimmen, welches jenen Juristen in seinem ganzen Umfang vollkommen fremd war, und die daher ihre Aussprüche ohne die mindeste Rücksicht auf dasselbe thaten; dieses Institut ist die condemnatio ad faciendum; nachdem dieselbe aufgekommen war, musste man allerdings die Frage stellen: Soll denn der richterliche Zwang auf alle und jede Handlung Anwendung finden, auch auf solche, an deren Vornahme der Gläubiger weder ein penuniäres noch ein sonstiges Interesse hat?

Diese Frage kann aber aus dem römischen Recht nicht beantwortet werden, weil die alten Schriftsteller sich nie mit derselben beschäftigt haben, und es daher vergeblich wäre in den Quellen auch selbst nur eine Andeutung zu suchen.

Das moderne Recht hat die condemnatio ad faciendum auf selbstgeschaffener Grundlage entwickelt und deshalb muss es auch die Grenzen dieses Instituts selbstständig bestimmen.

Ob die Regelung, welche der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches beabsichtigt (vgl. Die Motive zu § 206) eine befriedigende ist, kann unerörtert bleiben, weil die Entscheidung dieser Frage, wie sie auch getroffen werden mag, für uns hier nicht ausschlaggebend ist, — und zwar aus folgenden Gründen: Die C. P. O. kennt nämlich, gleich dem gemeinen Process, neben der Verurtheilung auf ein Thun oder Unterlassen auch eine solche auf das Interesse;

---

[1]) Soweit aus den kurzen Bemerkungen ersichtlich, scheint die hier vertretene Anschauung auch die von Arndts (§ 202, Anm. 3) zu sein.

der Gläubiger ist in keinem Falle nur auf die erste angewiesen, er kann vielmehr nach seiner Wahl auch direct die letztere beanspruchen.

Nimmt man also an, dass im heutigen gemeinen Rechte eine Handlnng, die an sich einen Vermögenswerth nicht hat, realiter nicht erzwungen werden darf, so bliebe es doch dem Gläubiger, der sich eine solche Handlung hat versprechen lassen, unverwehrt, die Vergütung eines ihm durch die Nichterfüllung in Verbindung mit besonderen Umständen verursachten Vermögensschadens, vom Schuldner klagend zu erlangen; denn bezüglich der Interessenklage gilt auch heute das römische Recht, und dieses gewährt hier, wie wir gesehen haben, eine solche.

Nehmen wir das von Windscheid a. a. O. gewählte Beispiel mit dem Klavierspiel: Ein Gelehrter, welcher ungestört studiren will, beabsichtigt eine bestimmte Wohnung zu miethen, da er aber hört, dass im Nebenhause ein leidenschaftlicher Klavierspieler wohne, knüpft er den Abschluss des Vertrages an die Bedingung, dass der Hausbesitzer diese Störung abschaffe. Letzterer begiebt sich zu seinem Nachbarn und lässt sich von diesem das Versprechen ertheilen, dass er das Klavierspiel für die nächsten 3 Jahre einstellen werde. Nun miethet der Gelehrte die Wohnung, behält sich jedoch vor, den Contract sofort einseitig aufzuheben, sobald auch nur einmal nebenan Klavier gespielt werden sollte. Der Virtuos kann von seiner Leidenschaft nicht lassen — und der Gelehrte macht von seinem Rechte Gebrauch; infolge dessen bleibt die Wohnung drei Monate hindurch unvermiethet. Ob nun der Hausbesitzer gegen seinen Nachbarn auf Einstellung des Spieles klagen darf, kann wie gesagt unerörtert bleiben, wol aber ist er nach allem Obigen berechtigt, Schadloshaltung wegen des Miethausfalls zu fordern.

Hieraus folgt aber, dass auch heute ein Vertrag auf eine nichtvermögenswerthe Leistung — gleichgültig ob die versprochene Handlung resp. Unterlassung realiter erzwungen werden kann oder nicht — keineswegs ungültig ist, dass eine Klage [1]) aus demselben

[1]) Mit Recht erklärt Ihering a. a. O. S. 43 ff. den Vertrag für gültig, in dem sich ein Kellner von dem Gastwirth ausbedingt, dass er die Sonntagnachmittage frei habe. Hier kann der Kellner sein Recht allerdings geltend machen auch ohne ein Vermögensinteresse nachzuweisen, denn das Mittel, dessen er sich dabei zu bedienen hat, ist nicht die Klage, sondern

aber erst dann entsteht, wenn für den Gläubiger durch die Nichterfüllung ein Vermögensschade verursacht ist.

Letzteres liegt nun aber nach unzweideutigen Quellenaussprüchen:

fr. 38 § 17 V. O. cit. i. f. . . . . poenam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quid intersit, sed quae sit quantitas quaeque condicio in stipulatione

bei der Conventionalpön anders; die Strafe kann gefordert werden auch ohne dass der Stipulator an der Erfüllung des Hauptvertrages ein Interesse hat, es genügt die Thatsache, dass der Hauptvertrag verletzt ist, auch wenn die Vermögenslage des Stipulators dadurch ganz unberührt geblieben ist, und somit eine Klage aus dem Hauptvertrage nicht entsteht. Das erklärt sich meines Erachtens sehr einfach: Der Klage aus dem Hauptvertrage fehlt es in diesem Falle an einem Gegenstand, sie ist eine Interessenklage und diese geht ja gerade auf Ersatz des Schadens; die Klage aus der Pönalstipulation geht aber auf die versprochene Geldsumme, der Gegenstand derselben ist schon durch den Vertragsschluss gegeben, und ihre Bedingung ist die Verletzung der aus dem Hauptvertrage entspringenden Verbindlichkeiten, gleichgültig von welchen Folgen diese Verletzung begleitet ist.

Dieses ist aber nicht eine Besonderheit der Pönalstipulation, es trifft vielmehr bei allen Verträgen zu, welche auf Leistung von Geld gehen oder einer Sache die einen Marktpreis hat. Auch hier kann der Gläubiger klagen, ohne dass er ein Interesse nachzuweisen braucht. Hat z. B. ein Landmann sich die Lieferung einer bestimmten Substanz zur Düngung seiner Felder versprechen lassen, so bedarf es zur Klage nicht des Nachweises, dass sie auch wirklich als Düngemittel verwerthbar sei, ja der Verkäufer kann sich auch dadurch von der Verurtheilung auf den Marktpreis nicht befreien, dass er den Nachweis führt, diese Substanz würde den Feldern sogar Schaden bereiten.

Ihering a. a. O. S. 43 wirft die Frage auf: „Der Miether be-

---

eine Einrede. Eine solche führt aber nicht zur Verurtheilung, und nur für letztere bedarf es eines Vermögensinteresses. Wir sehen also, dass bei Beobachtung der obigen Grundsätze Ihering kein Recht hat, die Lage des Kellners zu beklagen. Allerdings nach der Theorie, die für die Gültigkeit jedes Vertrages einen Vermögenswerth der versprochenen Leistung fordert (Sintenis und Unterholzner), wäre der Kellner schutzlos.

dingt sich für sich und seine Kinder die Benutzung des zum Hause gehörigen Gartens aus, ist der Vertrag klagbar?" Nach unserer Theorie gewiss: Der Miether verlangt einfach den Marktpreis der versprochenen Leistung, d. h. diejenige Geldsumme, auf welche das Gebrauchsrecht an einem solchen Garten im Verkehr geschätzt wird. Die Klagesumme wird sich natürlich dann erhöhen, wenn der Miether ausserdem noch ein besonderes Vermögensinteresse an der Benutzung nachweist. Wenigstens aber kann er den Marktpreis fordern, und hierzu bedarf es nicht des Nachweises eines Vermögensschadens: ein Interesse wird nur für eine Interessenklage gefordert. Wir haben ferner bereits erwähnt, dass der Gläubiger mit Ausnahme der Klage — aus einem Vertrage der das Versprechen einer nicht vermögenswerthen Leistung enthält — alle aus der Nichterfüllung entspringenden Rechte auch dann ausüben kann, wenn ihm ein Vermögensschade nicht verursacht ist; er kann z. B. wie oben gezeigt ist, eine Einrede geltend machen, oder das ganze zweiseitige Rechtsverhältniss durch Kündigung oder überhaupt durch Verweigerung der Gegenleistung einseitig auflösen.

Damit beantwortet sich denn auch im Sinne des allgemeinen Rechtsgefühls die von Ihering a. a. O. S. 43 aufgeworfene Frage, die dieser Schriftsteller nur unter Anwendung seiner Theorie glaubt befriedigend lösen zu können: „Eine kränkliche Dame die ihres Gesundheitszustandes wegen, um keine Unruhe im Hause zu haben, leerstehende Zimmer nicht vermiethet hat, versteht sich endlich nach längerem Bitten dazu, sie an einen Miether abzugeben, der ihr die äusserste Schonung zugesagt und insbesondere sich verbindlich gemacht hat, nicht zu musiziren. Nachher zeigt es sich, dass er ein Klavierlehrer ist, der den ganzen Tag auf seinem Zimmer Unterricht ertheilt und die Nachtstunden zu eigenen Uebungen verwendet; braucht er den Vertrag zu halten?" Gewiss! Eine Klage auf Einstellung des Lärms hätte die Dame vom Prätor allerdings nicht erhalten, weil sie nicht behaupten konnte, einen Vermögensschaden erlitten zu haben, und der Prätor nicht im Besitz einer formula war, durch die er den Richter anweisen konnte, auf etwas anderes als auf Geld zu verurtheilen. Dagegen kann die Dame sowol nach römischem als nach heutigem Recht dem Miether, welcher den auch nach unserer Ansicht gültigen Vertrag verletzt hat, die versprochene Gegenleistung vorenthalten, also mit einem Wort — sie kann auch ihrerseits vom Vertrage zurücktreten.

Wir sehen also, die Behauptung, dass die Pönalstipulation eines gültigen Hauptvertrages nicht bedarf, findet keine Unterstützung in der Thatsache, dass der Vertrag zu Gunsten Dritter sowie überhaupt jeder Vertrag auf eine nicht vermögenswerthe Leistung in den Quellen als geeignete Grundlage für eine wirksame Pönalstipulation anerkannt wird — diese Verträge sind eben gültig und klagbar.

Zum Schluss darf nicht unerwähnt bleiben, dass praktisch betrachtet das Versprechen einer nichtvermögenswerthen Leistung allerdings nur in den seltensten Fällen als ein gültiger Vertrag erscheinen wird; dergleichen Zusagen werden eben in der Regel garnicht in der Absicht gegeben und empfangen um eine Pflicht und ein Recht zu begründen, und deshalb wird der Richter die rechtsverbindliche Absicht immer nur aus ganz besonderen Umständen entnehmen dürfen; liegen solche Umstände aber vor z. B. Abschluss vor einem Notar oder namentlich wenn eine derartige Verabredung einem anderen zweifellos klagbaren Vertrage beigefügt ist —, dann kann die Ungültigkeit der Vereinbarung nicht damit begründet werden, es handle sich hier um „Verhältnisse der Geselligkeit oder Gefälligkeit“ (Ihering a. a. O. S. 92 ff.) andrenfalls müsste ja auch das pactum de commodando und de deponendo sowie das Versprechen ein unverzinsliches Darlehn vorzustrecken, für unwirksam erklärt werden, da auch solche Versprechen lediglich aus Gefälligkeit ertheilt werden.

§ 9. Das Versprechen der Leistung eines Dritten.

Im vorigen § ist bereits der stipulatio alium daturum facturum esse Erwähnung geschehen. Auch von diesem Vertrage ist behauptet worden, dass während er selbst ungültig ist, die hinzugefügte Pönalstipulation dennoch wirksam sei.

Es wird vielleicht förderlich sein, wenn wir uns zunächst die historische Entwickelung dieser Verträge ins Gedächtniss rufen.

Das alte Recht sah streng auf die Worte der Stipulation: nichts mehr und nichts Anderes sollte der Promittent leisten, als sich mit vollster Sicherheit aus den von ihm gebrauchten Worten ergab; hatte daher Sejus gesagt: Titium decem daturum spondeo, so konnte hieraus nur eine Verpflichtung zum Geben entstehen — aber nicht für den Sejus, denn er hatte nicht versprochen, dass er geben werde, ebensowenig für den Titius, denn dieser hatte ja

überhaupt nichts versprochen; mithin war die Stipulation nichtig. Offenbar wurden aber solche Versprechen, wenn sie vorkamen, doch nicht mit Kenntniss ihrer Ungültigkeit zum blosen Zeitvertreib ertheilt; sie stellten sich wol nur als eine unabsichtlich ungenaue Aeusserung eines mit den Worten nicht vollkommen übereinstimmenden Willens dar; die Meinung des Promittenten wird wol gewesen sein: Ich werde dafür sorgen, dass Titius Dir zehn giebt. Gewiss wird diese Wahrnehmung auch den alten Juristen nicht entgangen sein, sie hielten aber daran fest, dass dem Willen der Parteien nur insoweit Rechnung zu tragen sei, als er genau und unzweideutig in den gebrauchten Worten zum Ausdruck gelangt.

Von diesem Standpunkte aus musste denn Sabinus (cf. fr. 38 § 1 V. O.) den Satz: „dicendum est inutiliter eum factum alienum promittere“ allgemein und uneingeschränkt vertreten.

Freier dachten die späteren Juristen; so sagt z. B. Ulpianus fr. 81 pr. de V. O. (45. 1) et verum est quod Celsus ait: nam qui alium sisti promittit, hoc promittit id se acturum ut stet. Aehnliche Entscheidungen treffen Paulus fr. 83 pr. eodem. u. a.

Demnach wäre also im späteren Rechte eine promissio alium daturum dann allerdings auch ungültig gewesen, wenn der Promittent damit sagen wollte: Ich verspreche, dass der Titius Dir zehn giebt, ich selbst will mich aber zu nichts verpflichten; dagegen war das Versprechen giltig, wenn ihm die Absicht zu Grunde lag, dass der Promittent die Leistung von Seiten des Titius erwirken solle; letzteres war im Zweifel anzunehmen.

Wenn wir nun die oben für die Conventionalpön im Allgemeinen entwickelten Grundsätze auch hier zur Anwendung bringen, dann ergäbe sich Folgendes: Die Pönalstipulation bedarf eines gültigen Hauptvertrages: ist sie daher einer promissio facti alieni hinzugefügt, dann muss unterschieden werden, ob der Promittent ein eigenes Bemühen zusagen wollte oder nicht; im ersten Falle ist die Pönalstipulation gleich dem Hauptvertrage gültig, im zweiten Falle sind beide ungültig.

Gerade das Gegentheil aber ist in den Quellen bezeugt:

fr. 38 de V. O. 45. 1. Ulpianus libro LXIX ad Sabinum.

§ 1. Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum § 2 At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere.

§ 21. Inst. de inutil. stip. 3. 19: Versa vice qui alium facturum promisit, videtur in ea causa esse ut non teneatur nisi poenam ipse promiserit.

Soviel ist nun freilich sofort klar, dass Ulpian und Justinian sich hier beide sehr unvorsichtig ausdrücken. Aus ihren Worten muss man abnehmen, dass sie das Versprechen der Leistung eines Dritten schlechtweg für ungültig halten, was doch keineswegs der Fall ist, denn in fr. 81 eod. cit. sagt uns Ulpian das Gegentheil und Justinian hat diese Stelle, und noch manche andere, die dasselbe aussprechen, zum Gesetz erhoben.

Dadurch aber werden die in jenen Stellen begründeten Bedenken gegen unsere Ansicht nicht beseitigt, wenigstens kommt in ihnen der Gedanke unzweideutig zum Ausdruck, dass eine Pönalstipulation auch dann gültig ist, wenn sie einer solchen promissio facti alieni hinzugefügt ist, die selbst ungültig ist. Darüber wird man nicht hinwegkommen.

Offenbar hat sich nun Justinian direct an Ulpian angelehnt und letzterer wiederum, wie aus der inscriptio zu ersehen, an Sabinus. Es entsteht die Frage: hat Ulpian diesen Satz wörtlich den Ausführungen des Sabinus entnommen, oder ist der § 2 cit. sein eigenes Machwerk? Wir müssen uns für das letztere entscheiden: Es ist bekannt, wie streng die Alten die Stipulationen interpretirten, und wie genau sie dieselben demgemäss abfassten — kein Wort zu viel, kein Wort zu wenig. Nun war Sabinus der Ansicht, dass die stipulatio per alium non fieri stets nichtig sei. Kann man also wirklich annehmen, dass er den Rath ertheilt haben sollte folgenden Contract abzufassen: per Titium non fieri spondes? et si per eum factum erit decem dare spondes? Hätte er es nicht für inelegans erklären müssen, den ersten Theil der Stipulation, der nach seiner Meinung ganz wirkungslos war, überhaupt in den Contract aufzunehmen? Ich glaube daher Sabinus hat vielmehr gesagt: Da das Versprechen einer fremden Handlung ungültig ist, so lass Dir eine bestimmte Summe Geldes unter der Bedingung versprechen, dass der Dritte diese Handlung unterlassen sollte, etwa mit den Worten: si per Titium factum erit decem dare spondes? schliesse also eine selbstständige bedingte Stipulation, quae a condicione incipit, und den ersten Theil kannst Du getrost weglassen, da derselbe doch keinen Zweck hat.

Ulpian hat nun offenbar diesen Ausspruch des Sabinus corrigirt und ihm von sich aus die obige Fassung gegeben: anstatt es bei der einfach bedingten Stipulation zu lassen, von der Sabinus redet, ersetzt er dieselbe kurz entschlossen durch eine promissio poenae. Wir können ihm den Vorwurf nicht ersparen, dass er hierbei höchst unüberlegt zu Werke gegangen ist; doch davon später; Justinian hat diese Stelle in die Digesten aufgenommen, und sie auch noch in den Institutionen ausdrücklich bestätigt; wir haben es also mit einem Gesetz zu thun, und es kann daher nur die Frage gestellt werden: Sollen wir infolge dieses Gesetzes unseren Standpunkt verwerfen und damit alle Gesetze, welche ihn ausdrücklich anerkennen, aus irgend einem Grunde für unverbindlich erklären, oder sollen wir vielmehr hier eine vollkommene Antinomie annehmen und uns zu demjenigen Standpunkt bekennen, für welchen die Mehrzahl der Gesetze und die allgemeinen Rechtsgrundsätze sprechen? Ich glaube das Letztere.

Sehen wir zu, zu welchen Consequenzen es führen würde, wenn wir die von Ulpian hier behandelte Stipulation als eine gültige Pönalstipulation anerkennen wollten.

Zu Ulpian's Zeit war, wie wir gesehen haben, die stipulatio per alium non fieri nur dann ungültig, wenn der Promittent lediglich eine fremde Unterlassung zusagte, ohne sich selbst zu irgend einem eigenen Thun oder Unterlassen anheischig zu machen. Wenn nun einem Vertrage, dem eine solche Absicht zu Grunde lag, eine „Pönalstipulation“ hinzugefügt war, worin bestand dann die Bedingung der letzteren? Die Antwort muss lauten: In dem Thun oder Unterlassen eines Dritten.

Wer wollte aber unter solchen Umständen noch von einer Pönalstipulation reden?

Was sollte uns dann hindern die Verträge: si Titius consul factus est, oder si cras pluerit decem dare spondes? gleichfalls dafür zu erklären?

Das aber ist bisher noch von Niemand behauptet worden, dass die Bedingung der Pönalstipulation in etwas Anderem bestehen könne, als in einem Thun oder Unterlassen des Promittenten.

Wir sehen also, dass ein vollkommener Widerspruch zwischen dem fr. 38 § 1 u. 2 cit. und § 21 J. cit. einerseits und allen übrigen die Conventionalpön betreffenden Quellenstellen andererseits be-

steht. Da eine Vereinigung ausgeschlossen erscheint, wird uns wol die Wahl nicht schwer fallen, auf welche Seite wir uns stellen sollen.

§ 10. Verzicht auf die Ungültigkeit. Schluss.

Den Satz, dass für eine gültige Pönalstipulation ein gültiger Hauptvertrag erforderlich ist, erkennt auch Windscheid im Allgemeinen an, doch schränkt er denselben in folgender Weise ein:

Windscheid II, § 286 „Ist die Verbindlichkeit für deren Erfüllung eine Strafe versprochen wird, ungültig, während der Versprechende sie für gültig hält, so ist auch das Strafversprechen ungültig. Kennt der Versprechende die Ungültigkeit der Verbindlichkeit, so liegt in dem Strafversprechen ein Verzicht auf die Geltendmachung der Ungültigkeit, und seine Gültigkeit hängt von der Gültigkeit dieses Verzichts ab.“ [1])

Zunächst scheint mir der Ausdruck „ungültige Verbindlichkeit“ nicht sehr glücklich gewählt zu sein. Man spricht wol von ungültigen Rechtsgeschäften und speciell Verträgen, und versteht dann solche darunter, die eine Verbindlichkeit nicht erzeugen; bei Verbindlichkeiten die durch unmittelbare gesetzliche Vorschrift entstehen, kann wol von Ungültigkeit überhaupt nicht die Rede sein, während eine Verbindlichkeit die einem Rechtsgeschäft ihre Entstehung verdankt, doch zweifellos nur auf einem gültigen beruhen kann.

Wir werden daher, namentlich im Hinblick auf die zu der angeführten Stelle citirten Quellenbeispiele, wol nur im Sinne Windscheid's handeln, wenn wir hier anstatt Verbindlichkeit das Wort Vertrag setzen. In dieser Fassung kann der angeführte Satz einen doppelten Sinn haben: 1) In der Hinzufügung der Pönalstipulation liegt ein Verzicht auf die Ungültigkeit des Hauptvertrages und der Pönalstipulation oder 2) Der Verzicht bezieht sich nur auf die Ungültigkeit der letzteren und der Hauptvertrag bleibt ungültig.

Nehmen wir zunächst den sub 1 gesetzten Fall: in Anmerkung 2 erklärt Windscheid den Verzicht für ungültig „wenn die Ungültigkeit im öffentlichen Interesse verfügt ist.“ Dem ist gewiss zuzustimmen, wir werden aber noch in anderen Fällen den Verzicht

---

[1]) So auch Lauterbach (Resp. Reus) l. c. Cap. IX, § LXXI i. f.

nicht gelten lassen können. Da ist zunächst der Vertrag auf eine ganz unbestimmte Leistung, hier wäre ein Verzicht doch jedenfalls ganz wirkungslos; ferner der durch eine Einrede zu entkräftende Vertrag, über diesen handelt

fr. 4 § 4 si quis caut. 2. 11. Ulpianus libro LXXIV ad editum: Quaesitum est an possit conveniri, ne ulla exceptio in promissione deserta judicio sistendi causa facta obiciatur: et ait Atilicinus conventionem istam non valere. sed ego puto conventionem istam ita valere si specialiter causae exceptionum expressae sint, quibus a promissore sponte renuntiatum est.

Dadurch scheint die Annahme eines allgemeinen Verzichts auf die Einreden ausgeschlossen zu sein; was den Vertrag zu Gunsten eines Dritten und zu Lasten eines Dritten anbetrifft, so muss dieser hier aus den oben erörterten Gründen ausscheiden, es bliebe also nur der Vertrag übrig, welcher wegen Unmöglichkeit der versprochenen Leistung ungültig ist; bei diesem kann die Unmöglichkeit entweder dem Versprechenden allein, oder beiden Contrahenten bekannt sein; im ersten Falle kann ein Verzicht überhaupt nicht vorliegen, denn dieser ist ein Vertrag und setzt Willensübereinstimmung voraus; im zweiten Falle ist ein Doppeltes möglich: a) Beiden Contrahenten ist die Unmöglichkeit bekannt, jeder verschweigt seinem Gegner aber diesen Umstand, weil er glaubt, er sei von demselben nicht unterrichtet, dann kann wiederum von einem Verzicht aus obigen Gründen nicht geredet werden. b) Beide kannten die Unmöglichkeit und jeder wusste dieses vom Andern, dann liegt wegen Mangel der Ernstlichkeit des Willens ein Hauptvertrag überhaupt nicht vor, wesshalb denn auch von einer Pönalstipulation nicht die Rede sein kann.

Sollte Windscheid aber gemeint haben, der Hauptvertrag bleibe ungültig und nur die Pönalstipulation werde gültig, dann kann gegen den Charakter einer solchen Stipulation als eines Strafvertrages nur das angeführt werden, was er selbst gegen den einfach bedingten Vertrag einwendet: „Namentlich fehlt es in diesem Falle an einem Anhalte, um den Versprechenden für verbindlich zu erklären, wenn er nicht sofort diejenige Handlung vornimmt, deren Unterlassung die Bedingung seines Versprechens bildet, oder aber für nicht verbindlich, wenn ihm die Vornahme der Handlung ohne seine Schuld unmöglich ist“ (§ 286 Anm. 3). Mit einem Worte, es

würde eine Verbindlichkeit fehlen für deren Nichterfüllung die Strafe versprochen ist (Windscheid § 285).

Ziehen wir nun das Resultat dieses Abschnittes, so können wir die Pönalstipulation definiren als

einen Vertrag durch welchen eine Leistung unter der Bedingung versprochen wird, dass der Promittent eine bestimmte Handlung vornehmen oder unterlassen sollte, zu deren Gegentheil er sich in einem anderen mit dem Stipulator abgeschlossenem Vertrage wirksam verpflichtet.

Zweiter Abschnitt.

Die Voraussetzungen des Verfalls der Pönalstipulation.

---

§ 11. Allgemeines.

In den einleitenden Bemerkungen ist die Pönalstipulation als von dem Hauptvertrage inhaltlich abhängig bezeichnet worden: sie enthalte das Versprechen einer bestimmten Leistung für den Fall, dass der Versprechende seine Verbindlichkeit aus dem Hauptvertrage nicht erfüllen sollte.

Diese Definition muss als richtig anerkannt werden, wenn der Beweis erbracht wird, dass

1. Die Pönalstipulation ungültig ist, falls der Hauptvertrag diejenige Verbindlichkeit, auf deren Nichterfüllung die Strafe gesetzt ist, nicht erzeugt, und dass
2. Die Strafe nur dann verfällt, wenn der Eintritt der in die Bedingung gesetzten Thatsache sich als Nichterfüllung der durch den Hauptvertrag begründeten Verbindlichkeit darstellt.

Die Richtigkeit der durch den ersten Satz ausgedrückten Regel glaube ich im vorigen Abschnitte nachgewiesen zu haben, es wird sich jetzt darum handeln, ob sich auch der zweite Satz aus den Quellen ergiebt?

Von den älteren Theoretikern wurde diese Frage fast einstimmig bejaht, so namentlich von Lauterbach[1]) und Mühlenbruch[2]);

---

[1]) Lauterbach in den Diss. acad. Vol. III, No. CXIII, S. 443 behandelt diese Frage sehr eingehend, und wenn er auch das allgemeine Prinzip in etwas anderer Weise und nicht so umfassend formulirt, wie im Text geschehen, so ergiebt sich doch aus den von ihm gefällten Entscheidungen, dass er vollständig auf dem Boden unserer Anschauung steht. Ich lasse die betreffenden Stellen wörtlich folgen:

Wolff a. a. O. hat sich — in eingehender Erörterung meines Wissens als erster — gegen diese Lehre gewandt: Die Pönalstipulation sei ein bedingter Vertrag, daher könne die Frage nach dem Verfall der Strafe nur nach den Regeln der bedingten Verträge behandelt werden; die Bedingung sei aber eingetreten, sobald der Promittent die in condicione befindliche Handlung vorgenommen habe, gleichgültig, ob er zu deren Gegentheil verpflichtet war oder nicht.

Diese Deduction hat für den ersten Augenblick etwas Bestechendes, bald aber merkt man, dass sie lediglich auf einen Trugschluss, einem entschiedenen logischen Fehler beruht.

Es ist gewiss richtig, dass die Pönalstipulation ein bedingter Vertrag ist, und daher für die Frage nach dem Verfall der Strafe es nur darauf ankommt, ob die Bedingung existent geworden ist; dabei ist aber nicht zu vergessen, dass die Existenz der Bedingung doch erst dann ermittelt werden kann, wenn der Inhalt der Bedingung feststeht; diesen bezeichnet Wolff (S. 18) selbst als „die Nichterfüllung der Hauptobligation“ (wenigstens für diejenigen Pönalstipulationen bei denen eine solche vorhanden ist). — Von einer Erfüllung oder Nichterfüllung kann doch aber nur dann geredet werden, wenn eine Verbindlichkeit da ist, die erfüllt werden soll. Daher kann die Bedingung nicht eintreten, wenn die Haupt-

---

§ LXXV. Ex eo autem, quod in praecedentibus dictum, ut poena videatur commissa, in genere requiri, ut promissor sua culpa promissum non praestiterit et impleverit, sua sponte sequitur, si promissor alio modo a priori promisso fuerit liberatus, puta compensatione, confusione acceptilatione vel alio simili modo, licet naturaliter illud non impleverit in poenam tamen conventam eum non incidere; hic enim nullam culpam contrahit. (— L. legt also den Nachdruck auf die subjective, wir auf die objective Rechtswidrigkeit. —) Idem dicendum si per novationem prius promissum fuerit extinctum; neque sine expressa conventione poena in novatione censetur repetita. l. 15 de nov. aut si servus, vel alia res sub poena promissa, casu perierit. . . . . . § LXXVI. . . . . si quis chirographum spe futurae numerationis dederit, et in illo se 100 flor. accepisse confessus sit, atque restitutionem post annum sub poena promiserit; licet post annum 100 non solvat, sed exceptionem non num. pec. opponat poenam tamen solvere non tenetur. . . . . Unde si locator promisit colonum intra tempus conventum non expellere poena adjecta; colonus vero bienni continui pensionem non solvit, locator impune, etiam ante illud tempus, eundem expellit, doli exceptione contra poenae petitionem tutus.

[2]) Lehrbuch des Pandectenrechts Th. 2, § 340. 3, desgl. v. Mackeldey, Lehrbuch des römischen Rechts, 1842. Allgm. Theil, § 177.

obligation fortgefallen ist. — Diesen Einwand, den Wolff gegen seine Auffassung in älteren Schriften vorfand, erledigt er kurzer Hand: er stellt die Frage nicht allgemein, ob der Fortfall der Hauptobligation die commissio poenae hindere, sondern er beschränkt sich auf das Unmöglichwerden der versprochenen Leistung. Es ist nun nicht zu läugnen, dass er die Untersuchung der Quellen mit vielem Geschick zu dem gewünschten Resultate führt, dass nämlich die Strafe auch dann verfalle, wenn die Hauptleistung ohne Schuld des promissor unmöglich geworden ist. Meines Erachtens ist ihm aber dieser Beweis, wie später noch zu erörtern sein wird, nicht gelungen, doch auch gesetzt den Fall, er wäre gelungen, so ist doch damit keineswegs bewiesen, dass trotz Fortfalls der Hauptobligation überhaupt, die Strafe dennoch verfalle. Der Beweis wäre dann eben nur für einen Aufhebungsgrund der Hauptobligation erbracht — worin ja auch immerhin noch eine Singularität liegen könnte — Lauterbach a. a. O. nennt aber nicht weniger als sieben Aufhebungsgründe, und die Zahl derselben liesse sich leicht vermehren; keinen einzigen derselben hält Wolff der Erwähnung für werth, obgleich mancher von ihnen, wie z. B. die compensatio, in der Praxis gewiss nicht seltener ist, als die Unmöglichkeit.

Es ist nun in hohem Grade auffallend, dass diese oberflächlichen Deductionen Wolff's von geradezu ausschlaggebender Bedeutung für die Behandlung unserer Frage in der späteren Literatur geworden sind. Unbedingte Anhänger hat Wolff allerdings nur wenige; soweit mir bekannt, steht von den grossen Juristen nur Ihering vollkommen auf seinem Standpunkt.[1]) Die meisten neueren Schriftsteller bekämpfen denselben, der Einfluss Wolff's zeigt sich

[1]) R. v. Ihering, Rechtsgutachten in Sachen der Gotthardbahn-Gesellschaft, Luzern 1884. S. 5. „Das Versprechen einer Konventionalpön enthält einen besonderen Anwendungsfall des bedingten Versprechens; massgebend für die Beurtheilung desselben sind also die Grundsätze über den Eintritt der Bedingung. Bei der Konventionalpön ist letztere auf das Unterbleiben der Leistung gestellt; wodurch dasselbe bewirkt wird, ist ebenso gleichgültig, wie bei jeder anderen Bedingung; die einzige Modification, welche der Satz erleidet, besteht in der schuldhaften Vereitlung der Leistung durch den Gläubiger. Die Konventionalpön ist demnach auch dann verwirkt, wenn der Promittent beim besten Willen die Leistung nicht beschaffen konnte, wenn er alles gethan hat, was in seinen Kräften stand, aber äussere, unvorhergesehene Umstände den Erfolg der

aber bei den bedeutendsten Gelehrten heute noch darin, dass sie den status causae et controversiae in der Form beibehalten, in welcher Wolff ihn festgestellt hat.

So wird, anstatt zu untersuchen, welchen Inhalt die condicio poenae hat, die Frage gestellt — die doch entschieden nur bejaht werden kann — ob die Pönalstipulation nach den Regeln bedingter Verträge zu beurtheilen sei? Das wird von Vangerow [1]) verneint: es müsse neben den Regeln über die Bedingung „auch der andere Gesichtspunkt festgehalten werden, dass durch die Zufügung einer Konventionalstrafe eine andere Obligation gesichert werden solle .... wodurch mehrfach die reine Theorie der Bedingung unanwendbar gemacht werde.“ Meines Erachtens kann die juristische Natur eines Vertrages nur nach juristischen Merkmalen festgestellt werden, wozu namentlich die, beiden Parteien bei Abschluss des Vertrages gemeinsame, rechtliche Absicht gehört; nicht aber kann der durch Abschluss des Vertrages verfolgte wirthschaftliche Zweck massgebend sein, eine Einigung über denselben ist auch zur Perfection des Vertrages garnicht erforderlich, so dass also die eine Partei diesen, die andere jenen im Auge haben kann.

Ferner wird die Untersuchung von den Neueren nicht, wie Lauterbach Solches thut, allgemein darauf gerichtet, ob die Pönalstipulation erlischt „si promissor a priori promisso fuerit liberatus“ sondern es wird nur ganz speciell gefragt, ob die Forderung auf Strafe wegfällt, wenn die Vornahme der Leistung dem Versprechenden ohne seine Schuld unmöglich war [2]); dieses hat dann weiter zu der verhängnisvollen Fassung der Frage geführt, „ob zur Begründung der Strafe die Zurechnung des Schuldners erforderlich ist“ (Savigny Obligationenrecht II, S. 279).

Wir haben bereits oben bemerkt, dass bei einer derartigen

---

von ihm richtig getroffenen und unter anderen Umständen sicher zum Ziele führenden Massregeln verhindert haben.

[1]) Lehrbuch der Pandecten, III, § 614 Anm.

[2]) So namentlich: Vangerow II, § 614 Anm. 3. Neuenfeldt a. a. O. § 4. Nettelbladt a. a. O. § 9. S. 47 u. 48. Uellenberg a. a. O. § VII. S. 30. Sintenis § 88 Anm. 19. Als erster hat sich meines Wissens Windscheid § 285 Anm. 9 von diesem Einflusse frei gemacht: „Es darf im Zweifel nicht angenommen werden, dass die Parteien durch die Strafstipulation die Verbindlichkeit dem Einfluss gesetzlich anerkannter Aufhebungsgründe haben entziehen wollen.“ Er spricht also allgemein von allen Aufhebungsgründen.

Specialisirung viele wichtige Fragen ganz ausser Acht bleiben z. B. ob die Strafe gefordert werden könne, wenn die Hauptobligation infolge von Novation erloschen oder durch eine Einrede entkräftet war. Jene Fassung ist aber auch noch von einem anderen Gesichtspunkt aus zu verwerfen: Sie ist nämlich nach einer Richtung enger als die von Lauterbach gewählte, nach einer anderen Richtung aber weiter; denn der Umstand, dass die Erfüllung des Versprechens dem debitor ohne seine Schuld unmöglich war, kann unter gewissen Voraussetzuugen allerdings einen Aufhebungsgrund der Obligation bilden, das ist aber durchaus nicht immer der Fall, und deshalb wird durch die Behauptung, „zur Begründung der Strafe ist Zurechnung des Schuldners erforderlich" die Befreiung des Promittenten von der Strafe auch in solchen Fällen statuirt, wo die Hauptobligation fortbestehen bleibt. Davon jedoch später.

Wir werden nun im Nachstehenden folgende Sätze zu beweisen haben:

1) Die Pönalstipulation ist ein bedingter Vertrag, desshalb muss auch auf sie jede Regel Anwendung finden, die für alle bedingten Verträge gilt.

2) Die Bedingung der Pönalstipulation bildet die Nichterfüllung der aus dem Hauptvertrage entspringenden Verbindlichkeit.

3) Die Bedingung wird existent und die Strafe verfällt, wenn der Versprechende etwas thut oder unterlässt, was zu thun oder zu unterlassen er nach Massgabe des Hauptvertrages nicht berechtigt ist, also im Falle der Verletzung des Hauptvertrages.

§ 12. Verfall der Conventionalstrafe, wenn der Hauptvertrag auf eine Unterlassung geht, oder die Aufhebung einer Verbindlichkeit bezweckt.

Behufs genauerer Ausführung dieser Sätze müssen wir unterscheiden, ob der Hauptvertrag, soweit seine Nichterfüllung condicio poenae ist, auf ein Unterlassen oder Thun geht; die Besprechung des ersten Falles nehmen wir vorweg.

Ist eine Unterlassung zugesagt, so verfällt die Strafe, sobald der Schuldner eine Handlung vornimmt, durch welche er den Hauptvertrag nach dieser Richtung hin verletzt, — also nur dann, wenn aus dem Hauptvertrage eine Klage an sich begründet ist d. h. abgesehen von der pro casu etwa vorliegenden Schwierigkeit

resp. Unmöglichkeit das Vorhandensein und die Höhe eines Vermögensschadens nachzuweisen.

Als die wichtigste Belegstelle erscheint mir in dieser Beziehung fr. 54 § 1 locati 19. 2. Paulus libro quinto responsorum.

Inter locatorem fundi et conductorem convenit, ne intra tempora locationis Sejus conductor de fundo invitus repelleretur et, si pulsatus esset poenam decem praestet Titius locator Sejo conductori: vel Sejus conductor Titio, si intra tempora locationis discedere vellet: quod invicem de se stipulati sunt. quaero, cum Sejus conductor biennii continui pensionem non solveret, an sine metu poenae expelli possit. Paulus respondit, quamvis nihil expressum sit in stipulatione poenali de solutione pensionum, tamen verisimile esse ita convenisse de non expellendo colono intra tempora praefinita, si pensionibus paruerit et ut oportet coleret: et ideo, si poenam petere coeperit is qui pensionibus satis non fecit, profuturam locatori doli exceptionem.

Die Pönalstipulation des conductor lautete hier etwa: si a te intra certum tempus (verbi gratia intra quinquennium) pulsatus fuero decem mihi dare spondes? und sie wurde als accesorische Beredung einem Pachtvertrage hinzugefügt.

Wolff nebst seinen radicalen und gemässigten Anhängern müsste doch consequent so entscheiden: Die Pönalstipulation ist wie ein selbstständiger bedingter Vertrag zu beurtheilen, ist die Bedingung erfüllt, dann ist die Strafe verfallen; die Bedingung ist hier „si conductor intra certum tempus pulsatus fuerit“; wir erfahren nur in der species facti, dass er allerdings innerhalb der bestimmten Frist ausgetrieben sei, also tritt Strafverfall ein und wir sind nicht berechtigt zu fragen, ob denn der Beklagte nicht etwa nach Massgabe des Hauptvertrages berechtigt war, die in condicione befindliche Handlung vorzunehmen?

Anders entscheidet Paulus: er findet, dass sich nur aus dem Hauptvertrage erkennen lasse, worauf die Strafe gesetzt sei und kommt dabei zu dem Resultate: Das non repellere intra certum tempus, dessen Gegentheil als Bedingung der Pönalstipulation gesetzt ist, bildet eine aus dem Hauptvertrage entspringende Verpflichtung des Promittenten, daher kann von einem Verfall der Strafe im Zweifel (verisimile est) nur dann die Rede sein, wenn der Promittent gegen den Inhalt des Hauptvertrages in der angegebenen Richtung verstösst. Da nun ferner der Verpächter nicht

verpflichtet ist, einen Pächter auf seinem Grundstück zu dulden, der zwei Jahre hindurch keinen Pachtzins entrichtet, so war auch das vorzeitige Austreiben dem Inhalt des Pachtvertrages nicht zuwiderlaufend, und mithin ist die Strafe nicht als verfallen zu betrachten.

Das Prinzip, welches aus der Entscheidung des Paulus sich entnehmen lässt, ist also folgendes:

> Die Strafe verfällt, wenn der Promittent die verpönte Handlung vornimmt, während er nach Massgabe des Hauptvertrages dazu nicht berechtigt war, — oder anders ausgedrückt — wenn er die ihm aus dem Hauptvertrage obliegenden Verbindlichkeiten, soweit sie unter Strafe stehen, nicht erfüllt.

Diesen Gedanken spricht Paulus ganz deutlich aus, indem er ausser der pro casu vorliegenden, den Verpächter zur Exmission berechtigenden, und demzufolge den Vorfall der Strafe hindernden Pflichtwidrigkeit des Pächters — noch eine zweite Pflichtwidrigkeit, welche dieselbe Wirkung äussert, von sich aus hinzufügt: das Unterlassen des agrum colere; damit sind denn die wichtigsten Exmissionsgründe bezeichnet.

Möglicherweise könnte der Einwand gemacht werden, Paulus habe wie geschehen erkannt, weil hier das per conductorum stare, quominus contractus impleatur vorliege, mithin sei ein so weitgehendes Prinzip von ihm keineswegs anerkannt, vielmehr trete der Verfall der Strafe nach Paulus nur dann ein, wenn die Nichterfüllung an dem stipulator lag, wie Solches in fr. 8 de naut. foen. 22. 2. ausgesprochen sei. Damit würde aber die Natur unseres Falles vollkommen verkannt, und eine wichtige Unterscheidung ausser Acht gelassen: in unserem Falle macht der stipulator es dem Promittenten durchaus nicht unmöglich den Vertrag zu erfüllen, denn warum sollte ich nicht einen Pächter auf meinem Landgut behalten können, der mir keinen Pachtzins zahlt? er verweigert vielmehr nur die Gegenleistung; in dem Falle aber, wo es per creditorem stat, quominus contractus impleatur, handelt es sich darum, dass der stipulator bei einseitigen Verbindlichkeiten diejenige Mitwirkung versagt, die zur Vornahme der geschuldeten Leistung unentbehrlich ist; so fr. 8 cit. fr. 9 § 1 i. f. und 17 § 3 de usuris 22. 1. fr. 122 § 3 de V. O. 45. 1. u. a.

Im letzteren Falle also macht der Gläubiger dem Schuldner die Vornahme der geschuldeten Leistung unmöglich, im ersten ent-

zieht er ihm nur den Vortheil, welchen jener sich von dem Abschluss des Vertrages versprach.

Das oben aufgestellte Prinzip findet auch Anwendung auf die liberatorischen Verträge, allerdings kann bei diesen, wie im § 3 bemerkt, von einer Klage nicht geredet werden; der liberatorische Vertrag schliesst seinem Wesen nach eine Klage aus, sein Zweck ist Beseitigung des durch den aufzuhebenden Vertrag begründeten Anspruchs. Wird ihm nun in der Folge — etwa durch ein pactum de petendo — diese Wirkung genommen, und dadurch der obligationsbegründende Vertrag wieder in Kraft gesetzt, dann verfällt die Strafe nicht, wenn der Gläubiger seinen Anspruch geltend macht, und sie verfällt überhaupt nur dann, wenn der Gläubiger klagt, während er nach Massgabe des liberatorischen Vertrages ein Forderungsrecht nicht hat.

§ 13. Geht der Hauptvertrag auf ein Thun, dann ist die Strafe verwirkt, wenn der Schuldner sich im Verzuge befindet. Voraussetzungen des Verzuges.

Wir haben im vorigen § uns nur mit denjenigen Pönalstipulationen beschäftigt, in denen die Strafe auf eine positive Handlung gesetzt ist; die für diese geltenden Grundsätze finden jedoch auch dann Anwendung, wenn eine Unterlassung in condicione ist, und der Hauptvertrag somit auf ein Thun geht. Die Natur dieser Verträge ermöglicht es uns aber, jene Grundsätze, soweit sie nur auf die letzteren angewandt werden sollen, bedeutend zu vereinfachen und sie auf die Prinzipien eines im System mit eigenen Regeln ausgestatteten Instituts zurückzuführen.

Wenn nämlich der Schuldner seine in einer positiven Handlung bestehende Verbindlichkeit nicht erfüllt, so tritt bekanntlich mora ein.

Lassen wir den Streit über die Richtigkeit dieser Formulirung vorläufig beiseite, und halten diesen Satz mit dem oben aufgestellten Prinzip zusammen, so ergiebt sich folgende Regel:

> Ist in einem gültigen Vertrage eine Handlung ausbedungen, und auf die Nichtvornahme derselben eine Strafe gesetzt, so verfällt die Strafe, wenn der Schuldner mit der Erfüllung des Hauptvertrages in Verzug geräth.

Also der Strafverfall tritt zusammen mit allen anderen Folgen der mora ein, weder bedarf er weiterer Voraussetzungen, noch auch genügt ein geringerer Thatbestand.

Um die Richtigkeit dieser Regel zu erweisen, erscheint es nothwendig, aus den Quellen die Voraussetzungen der mora, sowie die der commissio poenae zu eruiren und dieselben vergleichend nebeneinander zu stellen; auf beiden Seiten ist fast jede Frage derart bestritten, dass von einer herrschenden Meinung nur selten die Rede sein kann, weshalb denn eine eingehende Untersuchung erforderlich ist.

Diesen Vergleich will ich in der Weise durchführen, dass ich bei der Besprechung jeder einzelnen Voraussetzung, dasjenige Institut an die Spitze stelle, welchem jene Voraussetzung weniger bestritten wird.

Zunächst kann wol der allgemein anerkannte Satz hervorgehoben werden, dass mora nur dann eintrete, wenn im fraglichen Zeitpunkt der Gläubiger die betreffende Leistung klagend[1]) fordern darf:

fr. 38 de R. I. 50. 17. Scaevola libro V. quaestionum.

Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est.

Also abgesehen davon, dass die Forderung an sich als eine klagbare ins Leben getreten sein muss, liegt Verzug dann nicht vor, wenn zur Zeit eine Klage nicht begründet ist, weil die Forderung befristet (fr. 49 § 3 de V. O. 45. 1.) oder bedingt ist, oder wenn die Klage zwar entstand aber späterhin ipso jure aufgehoben (98 § 8 de solut. 46. 3.) oder durch peremptorische oder dilatorische Einrede dauernd resp. zur Zeit entkräftet ist:

fr. 54 de pactis 2. 14. Scaevola apud Julianum l. XXII digestorum.
Si pactus sim, ne Stichum, qui mihi debebatur, petam: non intelligitur mora mihi fieri mortuoque Sticho puto non teneri reum, qui ante pactum moram non fecerat.

Aus dem Schlusssatze geht deutlich hervor, dass das pactum nur eine Fristgewährung enthält, so auch Fr. Mommsen, Die Lehre von der Mora. Braunschweig 1855. § 35 Anm. 1.

Wie erwähnt ist alles Vorstehende für die mora ganz unbestritten, als Voraussetzung für den Verfall der Conventionalpön dagegen ist es theils schlechthin, theils unter gewissen Einschränkungen in Abrede gestellt worden.[2])

---

[1]) Ueber diejenigen Fälle, wo trotz Verletzung einer gültig bestehenden Obligation eine Klage wegen mangelnden Vermögensinteresses nicht durchgeführt werden kann siehe unten § 18.

[2]) Vgl. § 11 Anm. 1 u. 2 und die dort Citirten.

Ich glaube jedoch den Satz, dass die einem gültigen Vertrage hinzugefügte Pönalstipulation nur dann verfällt, wenn zur Zeit eine Klage aus dem Hauptvertrage besteht, — aus den Quellen darthun zu können, sodass gesagt werden darf: Der mit der Klage auf die Strafe belangte Schuldner kann sich mit allen Mitteln erfolgreich vertheidigen, die er auch gegen die Klage aus dem Hauptvertrage wirksam vorbringen könnte.

Bei der beschränkten Zahl der Quellenentscheidungen, welche von dem Verfall der Strafe überhaupt handeln, und bei dem noch grösseren Mangel allgemein aufgestellter Regeln über diese Materie, kann natürlich nicht erwartet werden, dass für jeden einzelnen Aufhebungsgrund von Obligationen besonders nachgewiesen werde, dass er auch den Verfall der Strafe hindere; es muss uns vielmehr genügen, wenn wir Entscheidung für einzelne Fälle finden, aus denen sich das Prinzip herleiten lässt und wenn wir die scheinbar entgegenstehenden Entscheidungen zu beseitigen vermögen.

Dass der Eintritt der Bedingung, unter welcher die Hauptleistung zugesagt, oder der Ablauf der Frist, welche für dieselbe gesetzt war — abgewartet werden muss, damit vom Verfall der Strafe die Rede sein kann, bedarf wol nur der Erwähnung (fr. 44 de V. O. 45. 1.).

Wie verhält es sich aber, wenn eine solche Thatsache nach Begründung der Hauptobligation eintritt, welche eine gegen die Klage aus letzterer geltend zu machende Einrede erzeugt? Dass dadurch die mora ausgeschlossen wird, haben wir oben gesehen; wie es in diesem Falle mit der commissio poenae steht, davon handelt fr. 113 pr. de V. O. 45. 1. Proculus libro secundo epistularum.

Cum stipulatus sim mihi, Procule, si opus arbitratu meo ante kalendas Junias effectum non sit, poenam, et protuli diem: putasne vere me posse dicere arbitratu meo opus effectum non esse ante kalendas Junias, cum ipse arbitrio meo aliam diem operi laxiorem dederim?

Proculus respondit: non sine causa distinguendum est interesse, utrum per promissorem mora non fuisset, quo minus opus ante kalendas Junias ita, uti stipulatione comprehensum erat, perficeretur, an, cum jam opus effici non posset ante kalendas Junias stipulator diem in kalendis Augustis protulisset, nam si tum diem stipulator protulit, cum jam opus ante kalendas Junias effici non poterat, puto poenam esse commissam nec ad rem pertinere, quod aliquod

tempus ante kalendas Junias fuit, quo stipulator non desideravit id ante kalendas Junias effici, id est quo non est arbitratus ut fieret quod fieri non poterat. aut si hoc falsum est, etiam si stipulator pridie kalendas Junias mortuus esset, poena comissa non esset, quoniam mortuus arbitrari non potuisset et aliquod tempus post mortem ejus operi perficiendo superfuisset. et propemodum etiam si ante kalendas Junias futurum esse coepit opus ante eam diem effici non posse poena commissa est.

Die hier besprochene Stipulation nebst Strafclausel wird etwa wie folgt gelautet haben:

Opus illud arbitratu meo ante kalendas Junias effici, et si ante kalendas Junias effectum non erit, tot H. S. poenae nomine dare spondes?

Der Fragesteller weist nun allerdings mit Recht darauf hin, dass wie der Thatbestand sich gestaltet, das opus zum Termin nicht fertig gestellt sei, und somit, wenn man blos die Worte der Pönalstipulation betrachtet, die Bedingung, unter der die Strafe versprochen war, eingetreten sei; denn — das muss zugegeben werden — durch das nachträglich abgeschlossene pactum wurde ja nur der Inhalt des Hauptvertrages abgeändert, die Strafclausel blieb unberührt: ihre Bedingung war von Hause aus 'si ante kalendas Jnnias opus effectum non erit' und es wird uns nicht gesagt, das diese Bedingung durch eine andere ersetzt worden sei.

Wer daher die Pönalstipulation als einen selbstständigen Vertrag behandeln will, kann nicht umhin den Deductionen des Fragestellers beizupflichten und die Strafe in jedem Falle für verfallen zu erklären.

Jene Ansicht aber hat, wie wir sehen, die Auctorität des Proculus gegen sich; dieser stellt die Frage so: Worauf war die Strafe gesetzt? Doch offenbar — so werden wir seine Ausführungen paraphrasiren müssen — auf Nichterfüllung des Hauptvertrages d. i. der Stipulation, welche Herstellung der opus zum Gegenstande hatte; kommt nun der Promittent der durch diese Stipulation begründeten Pflicht nicht nach, sodass auf Erfüllung derselben resp. auf Schadensersatz geklagt werden könnte, so ist auch die Strafe verfallen; ist dagegen der Promittent nach Massgabe des Hauptvertrages, wie dieser sich zur Zeit darstellt, nicht verpflichtet die Hauptleistung zu bewirken, so kann auch vom Verfall der Strafe

nicht geredet werden. Diese Verpflichtung nun aber liegt hier nicht vor, da die Zeit der Erfüllung durch das pactum hinausgeschoben ist. Hier ist also der Schuldner zur Nichterfüllung des Hauptvertrages auf Grund einer exceptio befugt, welche aus einer nachträglichen Beredung entsprang, ebenso wie in fr. 54 § 1 loc. cit. auf Grund einer solchen Einrede, die unmittelbar nach rechtlicher Vorschrift eintrat.

Wir gelangen also zu dem Satz: Die condicio poenae ist die Nichterfüllung des Hauptvertrages; jede Aenderung des letzteren führt auch eine Aenderung der ersteren herbei.

Hiermit würde sich dann auch die Entscheidung folgenden Falles einfach erledigen: A. verkauft dem B. ein Grundstück, welches er am 1. April gegen Zahlung des Preises zu tradiren verspricht; für den Fall, dass er am 1. April die Tradition nicht bewirkt haben sollte, verspricht er eine Strafe von 1000.

Zum angesetzten Termin erklärt A. sich bereit, das Grundstück gegen Zahlung des Kaufpreises zu übergeben, B. kann oder will das Geld nicht zahlen, worauf A. auch seinerseits unter solchen Umständen die Uebergabe verweigert.

Jedenfalls gilt A. nicht als in Verzug gerathen; kann er aber angehalten werden, die versprochene Strafe zu entrichten? Gewiss nicht, denn diese war ja nur auf die Niehterfüllung der aus dem Kaufvertrage für ihn entspringenden Verpflichtung zur Tradition gesetzt, und eine solche Verpflichtung lag nicht vor, wenn B. die Zahlung des Kaufpreises verweigerte und dadurch den Thatbestand herstellte, welcher für A. die sogenannte exceptio non adimpleti contractus erzeugte.

§ 14. Fortsetzung.

Wir haben bisher nur die Fälle behandelt, in denen der Anspruch aus dem Hauptvertrage infolge einer entgegenstehenden Einrede nicht geltend gemacht werden kann, und gesehen, dass dadurch auch die auf die Strafe gerichtete Klage fortfällt — selbst dann, wenn die als condicio poenae gesetzte Thatsache, soweit sie sich aus der Pönalstipulation allein erkennen lässt, als eingetreten betrachtet werden muss.

Nun tritt die Frage an uns heran, wie steht es mit dem Verfall der Strafe, wenn der Anspruch aus dem Hauptvertrage ipso jure aufgehoben ist?

Die innere Gleichartigkeit dieser beiden Fälle und die dementsprechend gleiche Behandlung derselben scheint auf der Hand zu liegen, trotzdem wurde dieselbe früher und wird sie auch heute noch vielfach verkannt; namentlich ist es eine Frage die zu den lebhaftesten Streitigkeiten Anlass gegeben hat:

> Kann die Strafe gefordert werden, wenn die Klage aus dem Hauptvertrage desswegen fortgefallen ist, weil die Erfüllung desselben wegen eines später eingetretenen, von dem Schuldner nach Massgabe seiner Verpflichtungen aus dem Hauptvertrage nicht zu vertretenden Umstandes — unmöglich geworden ist?

Dass in einem solchen Falle bezüglich des Hauptvertrages die mora debitoris nicht eintrete, kann natürlich angesichts des fr. 88 de R. J. cit. nicht bezweifelt werden, umsomehr aber wird der Fortfall der Strafe von den bedeutendsten Autoritäten lebhaft bestritten, so namentlich von Ihering am angeführten Ort.

Dass auch hier eine vollkommene Uebereinstimmung bei den Voraussetzungen der mora und denen des Strafverfalls herrscht, soll in Folgendem nachgewiesen werden; doch muss gleich betont werden, dass dieser Satz selbstverständlich nur in dubio gilt, und es den Parteien unbenommen bleibt zu vereinbaren, dass die Strafe auch dann verfallen solle, wenn die Hauptleistung durch Zufall unmöglich geworden ist.

Die Behandlung dieser Frage ist — wie bereits erwähnt — wesentlich dadurch erschwert und verwirrt worden, dass man sie in den Darstellungen häufig mit einer anderen Frage zusammengeworfen hat, mit welcher sie nur wenig zu thun hat, nämlich mit der

> ob zum Eintritt der mora und zum Verfall der Strafe culpa („Zurechnung“ Savigny) des Schuldners erforderlich sei oder nicht?

Die Verschiedenheit beider Fragen liegt auf der Hand: dort handelt es sich darum, ob eine Verbindlichkeit überhaupt besteht, hier dagegen darum, ob die Erfüllung einer unbestritten bestehenden Verbindlichkeit aus Gründen unterblieb, für die der Schuldner verantwortlich zu machen ist — die ihm zuzurechnen sind.

In der Erkenntniss dieser ihrer vollkommenen, später noch näher auszuführenden, Verschiedenheit, behandeln wir beide Fragen getrennt; wir wenden uns zunächst der ersten zu und wollen mit

der Prüfung der obigen Regel in ihrer Anwendung auf die mora beginnen, wobei sich Gelegenheit bieten wird, uns Klarheit über den Begriff der Unmöglichkeit einer Leistung, wie ihn die Quellen darstellen, zu verschaffen.

Wenn wir nach dieser Richtung hin aus dem mehrfach citirten fr. 88 de R. J. 50. 17: 'Nulla intelligitur mora ibi fieri, ubi nulla petitio est' die Nutzanwendung ziehen, so dürfen wir folgende Regel aufstellen:

> Mora kann nicht eintreten, wenn, insoweit und solange die in Frage stehende Leistung gerichtlich nicht eingefordert werden kann.[1])

a) „wenn", damit ist der Fall gesetzt, dass eine Klage auf die Leistung überhaupt nicht mehr besteht; sie ist erloschen, etwa weil der Leistungsgegenstand untergegangen ist (fr. 18 pr. comm. 13. 6) oder weil er durch Rechtsvorschrift dem Verkehr entzogen ist (fr. 98 § 8 u. 92 de solut 46. 3) z. B. A. hatte dem B. versprochen ihm den Sclaven des C. zu übereignen, C. hatte darauf, ohne dass A. es hindern konnte den Sclaven manumittirt; dadurch war er ausser Verkehr gesetzt.

In diesen Fällen kommt der Schuldner nicht in Verzug, wenn er garnichts leistet, er ist definitiv von der ganzen Schuld befreit.

b) „insoweit", damit ist der Fall gesetzt, dass die Klage auf die Leistung nicht mehr in ihrem vollen Umfange besteht, weil der Leistungsgegenstand selbst zum Theil untergegangen ist (98 § 8 cit.) z. B. es ist ein Grundstück mit einem darauf stehenden Hause versprochen worden; brennt nun das Haus durch Zufall nieder, so befreit sich der Schuldner von den Folgen der mora, wenn er giebt was nachgeblieben ist, nämlich das Grundstück.

c) „solange als", damit ist der Fall gesetzt, dass die Klage zur Zeit nicht geltend gemacht werden kann, weil der Leistungs-

---

[1]) Trotz der grossen Anzahl von Monographien über die mora ist diese Frage in der Literatur nur sehr dürftig behandelt: v. Madai, Die Lehre von der Mora, 1837, erwähnt sie überhaupt nicht; Wolff a. a. O. begnügt sich mit einigen Bemerkungen S. 292; etwas eingehender wird die Frage behandelt von Fr. Mommsen a. a. O. § 4; Kniep, Die Mora des Schuldners, 1871, 2 Bände, wendet sich derselben an mehreren Stellen zu, so § 37, § 38, § 42. Doch scheint mir seine Eintheilung der Unmöglichkeit in „vollständige, zeitliche und örtliche" nicht befriedigend.

gegenstand vorübergehend nicht in rerum natura ist; in dieser Beziehung bietet die mehrfach citirte lex 98 § 8 uns ein echtes Schulbeispiel: A. hat dem B. Uebereignung eines dem C. gehörigen Schiffes versprochen, darauf hat C. ohne das A. Solches hindern konnte, die das Schiff bildenden Bretter auseinandergenommen, dieselben aber später wiederum in der bisherigen Weise zusammengefügt; solange als nun das Schiff aufgelöst ist, kann A. durch Nichterfüllung seines Versprechens nicht in Verzug gerathen, doch tritt dieses dann ein, wenn das Schiff wieder zusammengestellt ist, und er nun nicht ordnungsmässig das Versprechen erfüllt.

Im Vorstehenden handelte es sich allemal um die Tradition einer Species, die dadurch unmöglich wurde, dass die Species unterging „in rerum natura esse desiit"; es giebt aber auch Obligationen, bei denen die Frage, unter welchen Umständen ihre Erfüllung unmöglich wird, sich nicht so schlicht erledigt.

Vor allen Dingen ist festzuhalten, dass der Idee nach die Erfüllung jeder Obligation unmöglich werden kann, wenn es auch nicht bei jeder in praxi vorkommt; z. B. die Zusage einer Summe Geldes: sobald auf der Erde kein Geld mehr existirt, ist ihre Erfüllung unmöglich. Um aber eine feste Regel zu gewinnen, wann Unmöglichkeit der Leistung eintrete, werden wir gut thun zu untersuchen, wie die Quellen sich zu den einzelnen Erscheinungen des Lebens in dieser Hinsicht stellen, resp. wie andere nach Analogie der Quellen zu beurtheilen sind.

Nehmen wir folgende Fälle:

A. verspricht dem B. auf dessen Grundstück ein Haus zu bauen, bevor er noch, dem Vertrage gemäss, mit der Arbeit begonnen, wird der Bauplatz durch die Gewalt des Stromes abgerissen; hier muss gesagt werden, dass die Ausführung des Baues unmöglich geworden sei, vgl. fr. 62 loc. 19. 2 .... si soli vitio id accidit und fr. 27 § 29 ad L. A. 9. 2. — Nicht das Gleiche trifft zu, wenn der von A. begonnene Bau durch eine zufällig entstandene Feuersbrunst zerstört wird: was einmal fehlschlug ist darum nicht unmöglich, es kann beim zweiten Versuche gelingen, vgl. fr. 36 loc. 19. 2; dagegen liegt allerdings Unmöglichkeit vor, wenn verabredet war, dass das Haus aus ganz besonders zu diesem Zwecke ausgewählten Baumstämmen erbaut werden sollte, und letztere verbrannten. Fraglich wird es, wie es zu halten sei, wenn für die Vollendung des Baues eine bestimmte Frist vereinbart war,

und A während der ganzen Frist durch eine schwere Krankheit, durch Gefangenschaft oder andere unabwendbare Zufälle an der Vornahme der Arbeit verhindert war; hier muss eine Unterscheidung gemacht werden: War die Absicht die, dass A, ein berühmter Architect, den Bau, welcher sehr kunstvoll werden sollte, in eigener Person zu leiten und auszuführen habe, so wird hier Unmöglichkeit der Leistung angenommen werden müssen, während das Gegentheil zutreffen wird, wenn A ein Unternehmer war, der bekanntermassen die ihm ertheilten Aufträge von gewöhnlichen Handwerkern, ohne weiteres eigenes Zuthun ausführen liess[1]), arg. fr. 9 pr. locati 19. 2. Ulpianus.

Ebenso liegt der Fall, wenn der Virtuose N. das Versprechen ertheilt hat, ein Concert an einem bestimmten Tage zu geben, und durch eine Krankheit daran gehindert wird, denn es ist schlechthin unmöglich, dass ohne Mitwirkung des N. „das langerwartete Concert unseres allbeliebten Geigenspielers N.“ stattfinde — und gerade dieses war zugesagt; natürlich liegt der Fall anders, wenn es dem Stipulator nur um ein Concert von gewisser Qualität zu thun war, ein dahingehendes Versprechen kann erst dann unmöglich werden, wenn es überhaupt keine Musikanten von der Qualität mehr giebt.

Unmöglichkeit liegt auch dann vor, wenn Jemand versprochen hatte, in einem bestimmten Termin vor dem Schiedsrichter zu erscheinen und durch Krankheit, Gefangenschaft oder andere unverschuldete Umstände daran wirklich verhindert wird, es sei denn, dass er sich nach dem Inhalt seines Versprechens auch durch eine andere Person konnte vertreten lassen, vgl. fr. 21 § 9 de rec. 4. 8.

War aber im letzteren Falle die hindernde Krankheit auch selbst so plötzlich eingetreten, dass der Promittent nicht mehr Zeit und Gelegenheit fand, einen Vertreter zu beauftragen, so kann doch nicht gesagt werden, dass die Einhaltung des Termins zur Unmöglichkeit geworden sei, denn nur das ist unmöglich, was zu leisten in Niemandes Macht steht: Das *persönliche* Verhandeln vor dem Schiedsgericht seitens eines in Fieberphantasien Darniederliegenden kann allerdings Niemand bewirken; kommt es jedoch nur darauf an, dass irgend ein Vertreter sich zum Termin einstelle,

---

[1]) Die im Text gemachte Unterscheidung wird auch von Donellus Commentarii in select. titulos digestorum (Bd. 11 der gesammten Werke) volumen II, pag. 944 ad fr. 46 § 1 de V. O. Punkt 7 durchgeführt.

nun so kann ja auch selbst, wenn der Promittent in Wahnsinn verfallen ist und wirklich ausser Stande ist, Jemanden zu beauftragen — die Verhandlung dennoch stattfinden, indem ein unberufener freiwilliger Vertreter sich findet.

Was nun die Geldleistung resp. die Leistung von Fungibilien anbetrifft, so kann hier abgesehen von dem oben erwähnten ganz unpraktischem Falle, und dem noch später zu erörterndem Falle des fr. 9 § 1 de usur. — von einer Unmöglichkeit der Erfüllung überhaupt nicht geredet werden; insbesondere liegt letztere keineswegs vor, wenn der Schuldner „kein Geld hat und keinen Credit findet“.[1])

Betrachten wir zunächst die praktischen Consequenzen, welche sich aus der Annahme der Unmöglichkeit in einem solchen Falle ergäben. Vollkommener Geldmangel ist nichts Seltenes und bildet eine wahrnehmbare Thatsache; dagegen ist das Fehlen jeglichen Credits — und die Unmöglichkeit soll ja erst eintreten, wenn beide Mängel in einer Person zusammentreffen — eine Thatsache, die sich der Wahrnehmung durch andere entzieht, ja worüber der Schuldner, wenn er ehrlich sein will, selbst nicht einmal Auskunft geben kann; ich darf wol sagen, dass alle meine Versuche Geld zu bekommen fehlgeschlagen sind, kann ich aber auch sagen, dass ich Alles versucht habe?

Wer in der Welt bekommt nicht Alles Credit? Völlig ruinirte Kartenspieler erhalten grosse Summen dargeliehen, um sie wieder auf die Karte zu setzen; unheilbaren vermögenslosen Kranken gelingt es bisweilen sich hohe Beträge zu verschaffen, um als letztes Mittel irgend eine kostspielige Kur zu versuchen; wilde Spekulanten, denen bisher Alles fehlgeschlagen ist, wissen oft weite Kreise für ihre neuen waghalsigen Unternehmungen zu gewinnen; Wohlthätigkeit, Leichtgläubigkeit, leiser Hoffnungsschimmer wucherischen Gewinnes und unzählige andere Motive stellen weitgehende Credite oft Leuten offen, die vielleicht selbst kaum darauf zu rechnen wagten; — und angesichts dessen wollte Jemand beweisen, dass er keinen Credit finde? Um den Beweis zu führen, dass ihm

[1]) Das Gegentheil wird behauptet von Windscheid, Lehrbuch der Pandekten, § 264 und § 278 Anm. 9, ferner Heidelberger krit. Zeitschrift II sowie von Fr. Mommsen im Anhang der III. Abth. der Beiträge z. Obl.-R. Berichtigung 2, S. 407.

Niemand creditire, müsste er doch erst darthun, dass er Jeden darum angegangen sei.

Wir sehen also zu welchen Consequenzen die gegentheilige Meinung führen würde; die Quellen weisen sie denn auch ausdrücklich von der Hand, in fr. 137 § 4 i. f. de V. O. 45. 1 Venulejus libro primo stipulationum:

> .... et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat dare promiserit.

Woraus Windscheid entnimmt, dass das Hinderniss der Erfüllung hier bereits bei Abschluss des Vertrages vorgelegen habe, ist nicht ersichtlich.

Ich möchte noch einen ähnlichen Fall erwähnen: Der Schuldner einer Geldsumme lebt in A, der Gläubiger in B, zwischen beiden Orten fliesst ein überbrückter Fluss; am Zahlungstage sind infolge einer Ueberschwemmung sämmtliche Brücken abgerissen, jede Verbindung zwischen beiden Städten ist einfach unmöglich geworden; liegt hier bezüglich der Erfüllung der Leistung Unmöglichkeit vor? Gewiss nicht; denn der Inhalt des Vertrages war nicht, an einem bestimmten Tage Geld über den Fluss zu tragen, sondern vielmehr dem Gläubiger in B. Geld zu zahlen, wie der Schuldner das macht, ist seine Sache; wollten wir das Gegentheil annehmen, und wir erführen, dass ein guter Freund des Schuldners, der in B. lebt, für diesen in Auslage getreten sei und den Gläubiger bei Heller und Pfennig bezahlt habe, so müssten wir zugestehen, dass jener Freund Unmögliches geleistet habe.

Worin der Kernpunkt der Frage liege, erkennen wir sofort, wenn wir das eben besprochene Beispiel derart umgestalten, dass es sich nicht um eine Geldzahlung, sondern um die Lieferung einer species aus einer Werkstatt in A nach B zu einem bestimmten Termine handelt. Hier wird die Leistung durch die Ueberschwemmung allerdings unmöglich, denn hier gehört zum Inhalte der Obligation — Transport der Waare über den Fluss, und es kann hier nicht ein guter Freund des Schuldners in B. durch Uebergabe einer anderen Species die Schuld tilgen.

In allen diesen Fällen eine Unterscheidung zwischen objectiver und subjektiver Unmöglichkeit zu machen [1]), erscheint nicht nur

---

1) So namentlich Fr. Mommsen und Windscheid.

müssig, sondern wirkt auch verwirrend; die Quellen reden stets nur von einer Unmöglichkeit.

Sehr klärend scheint mir in dieser Beziehung das

fr. 137 § 5 de V. O. 45. 1. Venulejus libro I stipulationum.
Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, jure factam obligationem Sabinus scribit.

Offenbar handelt es sich hier nicht um später eintretende, sondern um bereits zur Zeit des Vertragsschlusses in der Person des Schuldners liegende Behinderungen; die Glosse führt als Beispiel an: codicem scribi ab eo, qui scribere non potest; uns aber liegen Fälle zur Entscheidung vor, wo der Schuldner nach Begründung der Obligation ausser Stand gesetzt wurde zu erfüllen; insofern besteht eine Verschiedenheit — Gleichheit aber besteht darin, dass es sich in beiden Fällen fragt, wann die Erfüllung dem Schuldner blos Schwierigkeit bereitet und wann sie überhaupt an sich unmöglich ist; denn mögen auch die Wirkungen der Unmöglichkeit verschieden sein, jenachdem sie anfänglich vorlag oder erst später eintrat — ihr Begriff muss in beiden Fällen derselbe sein; und so erhalten wir denn zur Antwort, dass eine Leistung, auch wenn der Schuldner schlechterdings nicht im Stande ist sie zu bewirken, doch nicht unmöglich genannt werden kann, solange noch ein anderer da ist, der sie zu bewirken vermöchte.

Durch diesen Ausspruch des Venulejus wird das bisher von uns angewandte Prinzip vollkommen bestätigt:

> Die Erfüllung einer Obligation ist dann unmöglich, wenn zur fraglichen Zeit Niemand im Stande ist, die Erfüllung zu bewirken.

War also beim Vertragschluss die Absicht die, dass die geschuldete Leistung nur vom Schuldner selbst vorgenommen werden dürfe, so tritt Unmöglichkeit ein, wenn der Schuldner persönlich behindert ist; diesen Satz müssen wir festhalten.

Wir sind uns nun darüber klar geworden, wann Unmöglichkeit der Erfüllung vorliege; oben bereits haben wir gesehen, dass durch dieselbe, wenn sie auf einem vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstande beruht, Aufhebung der Leistungspflicht bewirkt wird, und demzufolge auch mora nicht eintreten kann; wollen wir nun den Satz, dass mora Voraussetzung des Strafverfalls sei, aufrechterhalten, so wäre nachzuweisen, dass auch die Conventionalstrafe nicht verfalle, wenn Unmöglichkeit der Erfüllung vorliegt.

In letzter Beziehung scheint mir vollbeweisend:

fr. 21 § 9 de recept. 4. 8. Ulpianus libro tertio decimo ad edictum. Si quis ex litigatoribus ideo non adfuerit, quod valetudine vel rei publicae causa absentia impeditus sit aut magistratu aut alia justa de causa, poenam committi Proculus et Atilicinus aiunt: sed si paratus sit in eundum compromittere, actionem denegari aut exceptione tutum fore. sed hoc ita demum verum erit, si arbiter recipere in se arbiterium fuerit paratus: nam invitum non esse cogendum Julianus libro quarto digestorum recte scribit: ipse autem nihilominus poena absolvitur.

Hier haben wir den Fall, dass eine nur vom Schuldner in eigener Person vorzunehmende Handlung durch Behinderung in der Person des Schuldners unmöglich wird. Die lex darf nicht etwa so aufgefasst werden, dass der Schuldner anderweit wichtige Geschäfte habe, und man ihm nicht wol zumuthen kann dieselben zu versäumen, weil ihm eine Schiedsgerichtsverhandlung in einer Bagatellsache bevorsteht. Dagegen spricht der Wortlaut der lex: 'impeditus' und auch die Wahl der Beispiele für diejenigen Umstände, die ihn behindern; nach diesen ist es ihm vielmehr absolut unmöglich, vor dem Schiedsrichter zu erscheinen: er liegt krank darnieder, er ist zum Kriege ausgehoben, er ist unter Aufsicht seines Vorgesetzten mit der Erledigung von Staatsgeschäften betraut, oder er ist alia de justa causa impeditus, d. h. er erscheint nicht, weil ein wirklicher Behinderungsgrund vorliegt, auch selbst wenn er den festen Willen hätte, sein Versprechen zu erfüllen, würde er durch physische Gewalt an der Ausführung gehindert werden; hier hat das Wort 'justa' dieselbe Bedeutung wie bei Gajus Inst. 4 § 126: et est justa exceptio d. h. dieses ist eine wirkliche exceptio, im wahren Sinne des Wortes.

Wir haben also gefunden, dass das Ausbleiben des Promittenten nicht an seinem Willen, sondern an seinem Können lag.

Proculus und Atilicinus, beide aus dem ersten Jahrhundert n. Ch. Geb. erklären, dass die Strafe nicht verfallen sei[1]), diese

---

[1]) Sie scheinen jedoch geschwankt zu haben, ob die Klage zu verweigern oder eine exceptio zu ertheilen sei; daraus ergiebt sich, dass der Uebergang von der Auffassung, nach welcher die Pönalstipulation als selbstständiger Vertrag erscheint — zu jener neueren, nach welcher sie inhaltlich vom Hauptvertrage abhängig ist, sich erst in ihrer Zeit vollzog. Das Nähere siehe unten, bei der Besprechung der l. 115 § 2 V. O.

Entscheidung schränken sie jedoch durch die Bedingung ein: 'si paratus sit in eundem compromittere', weigerte der Promittent sich also dessen, dann wurde die Klage auf die Strafe gegen ihn ertheilt.

Hier lag der Fall wol so: Das Compromiss war befristet eingegangen, die Behinderung dauerte bis zum Ablauf der Frist; wenn nun der behindert gewesene Compromittent sich weigerte, — bei vorhandener Bereitwilligkeit des arbiter — eine neue compromissio mit einer weiteren Frist einzugehen, dann konnte nicht mehr gesagt werden, das Zustandekommen der schiedsrichterlichen Verhandlung sei durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden, hier trat vielmehr sein böser Wille hinzu und vereitelte, dass die in der ursprünglichen Form unmöglich gewordene Leistung nun in anderer gleichbedeutender Weise erfolgte; und desshalb soll die Befreiung von der Strafe in diesem Falle nicht eintreten.

Nach Ulpian soll die Strafe aber dann nicht verfallen, wenn der Schiedsrichter die fernere Uebernahme des Amtes ablehnte, denn dann war eben das Zustandekommen der Verhandlung definitiv und dauernd unmöglich geworden, und zwar infolge von Umständen, die vom Schuldner nicht zu vertreten sind.

Die soeben entwickelte Regel, dass die Strafe nicht verwirkt wird, wenn die Klage aus der Hauptobligation wegen Unmöglichkeit der Erfüllung fortfällt, ist wiederum eine Bestätigung des Satzes, dass die Bedingung der Pönalstipulation, Verletzung der aus dem Hauptvertrage entspringenden Verbindlichkeit des Promittenten ist; — fällt die Verbindlichkeit fort, so kann auch von einer Verletzung derselben nicht geredet werden.

Wir haben bereits erwähnt, dass Wolff, Ihering u. a. die Frage nach dem Verfall der Strafe als eine „quaestio facti" behandeln, es sei nur zu untersuchen, ob die in condicione befindliche Handlung erfolgt sei oder nicht. „Ganz andere Grundsätze galten" nach Wolff S. 19 aber „für die Interpretation solcher bedingter Verträge, die zu irgend einer Klasse der stipulationes praetoriae gehörten" welche „unter richterlichem oder schiedsrichterlichem Einflusse eingegangen waren". Ihering im Gutachten betreffend die Gäubahn S. 7 will diese „ganz anderen Grundsätze" nur auf die vom Prätor auferlegten processualen Strafversprechen beschränken, während Savigny dieselben auch auf diejenigen Pönal-

stipulationen ausdehnt, welche einem bonae fidei contractus hinzugefügt sind (Obligationenrecht II, S. 281).

Dass das Compromiss nicht unter schiedsrichterlichem Einflusse eingegangsn wurde, ist bereits oben gezeigt, der von Savingny statuirte Unterschied soll unten erörtert werden; vorläufig wollen wir uns den prätorischen Pönalstipulationen zuwenden. Hier werden wir finden, dass die letzteren keineswegs nach „ganz anderen Grundsätzen" beurtheilt wurden: sowol bei den conventionalen, als auch bei den prätorischen Pönalstipulationen besteht die Bedingung in der Nichterfüllung der aus dem Hauptvertrage entspringenden Verbindlichkeit, beide verfallen nur dann, wenn der Promittent seiner durch den Hauptvertrag begründeten Verpflichtung zuwiderhandelt. Unter den verschiedenen Arten der Pönalstipulationen giebt es also nach dieser Richtung hin keinen Unterschied; ein Unterschied besteht aber allerdings je nach dem Inhalte des Hauptvertrages d. h. die Verschiedenheit in den Voraussetzungen des Verfalls der Strafe gründet sich darauf, dass aus den Hauptverträgen verschiedenartige Verpflichtungen entspringen, dieses beruht aber nicht auf dem Gegensatze von conventionalen und prätorischen Verträgen, sondern auf ganz anderen systematischen Eintheilungen. Nehmen wir ein Beispiel:

Sowol durch das depositum, wie durch das commodatum wird dem Schuldner die Verbindlichkeit auferlegt, die übergebene Sache aufzubewahren und vor Beschädigung zu behüten; also beide Verträge verpflichten den Schuldner zu derselben Handlung, demnach könnte eine etwa hinzugefügte Pönalstipulation in beiden Fällen denselben Wortlaut haben — und doch ist die Haftung aus dem depositum an andere Voraussetzungen geknüpft, als die aus dem commodatum: Der commodatarius ist ersatzpflichtig, wenn er sich die leichteste der — depositarius nur dann, wenn er sich eine grobe Nachlässigkeit zu Schulden kommen lässt; demnach müssen auch die Voraussetzungen des Verfalls der Pönalstipulation verschieden sein, jenachdem sie einem depositum oder einem commodatum hinzugefügt ist. Gehen wir jetzt auf die prätorische Pönalstipulation über; da ist zunächst die cautio judicio sisti, dieselbe lautete nebst hinzugefügter Pönalstipulation etwa so: illo die illo loco sisti et si non stiteris decem dare spondes? [1]) Demnach verfiel die Strafe,

---

[1]) vgl. Lenel, Das Edictum perpetuum § 280.

wenn der Versprechende nicht zum Termin erschien, es sei denn dass die Hauptobligation später fortfiel, dieses geschah hier aus denselben Gründen wie bei allen Verträgen also z. B. wenn die Leistung, das sisti, unmöglich wurde, so in fr. 2 § 3 si quis caut. 2. 11 Ulp. oder wenn die Parteien sich über den Streit verglichen hatten fr. 2 pr. eodem. — Wir finden in unserem Titel aber auch noch andere den Verfall der Strafe ausschliessende Gründe, welche allerdings auf den ersten Augenblick befremden. So sagt:

fr. 2 § 4 h. t. Ulpianus libro LXXIV ad edictum: Si non propter valetudinem mulier non steterit judicio, sed quod gravida erat, exceptionem ei dandam . . . .

Eine Frau, welche eine Strafe zugesagt hatte, braucht dieselbe nicht zu entrichten, wenn sie wegen Schwangerschaft nicht erschien — eine wirkliche physische Behinderung liegt hier doch keineswegs vor.

Ferner fr. 4 § 2 h. t. Ulpianus eod. l. Praeterea si funere quis domestico impeditus non venit, debet ei exceptio dari.

Nun, bei der Bestattung eines Angehörigen mag wol Niemand fehlen, aber es kann doch nicht behauptet werden, dass man dadurch gehindert wird vor dem Prätor zu erscheinen.

Es ist also nicht zu verkennen, dass hier gewisse Besonderheiten vorliegen, welche in anderen Fällen nicht zutreffen; aber sind dieses Besonderheiten der prätorischen Pönalstipulation oder des Hauptvertrages? Ich glaube das Letztere.

Zunächst muss darauf hingewiesen werden, dass die cautio judicio sisti auch ohne Hinzufügung einer Pönalstipulation eingegangen werden kann und dann auf das Interesse geht. [1])

fr. 3 si quis in jus voc. 2. 5. Ulpianus libro XLVII ad Sabinum. Cum quis in judicio sisti promiserit neque adjecerit poenam, si status non esset: incerti cum eo agendum esse in id quod interest verissimum est, et ita Celsus quoque scribit.

Daran knüpft sich die Frage: kann denn die Klage auf das Interesse nicht auch durch dieselben Vertheidigungsmittel abgewandt werden, wie die Klage auf die Strafe? Soll die schwangere Frau, wenn sie eine Strafe versprochen, frei sein, wenn sie aber einfach ihr Erscheinen zugesagt, das Interesse entrichten müssen? Allgemeine Gründe sprechen jedenfalls für die Bejahung

---

[1]) vgl. Lenel a. a. O. § 280 Anm. 8 und die dort citirten Stellen.

der letzteren Frage, und auch in den Quellen wird eine solche Unterscheidung nicht gemacht: Die lex 2. h. t. in welcher die Gründe aufgezählt werden, aus denen das Ausbleiben entschuldigt wird, redet ganz allgemein: es finde eine exceptio statt, ohne zu sagen, ob gegen die Klage auf Strafe oder auf das Interesse, ja noch mehr: der Aufzählung der Entschuldigungsgründe schickt sie die Worte voraus 'non exigimus reum judicio sisti, si etc.'' das heisst doch: Wir halten den Beklagten nicht für verpflichtet vor Gericht zu erscheinen, wenn etc. — Also die Frau, welche ihr Erscheinen einfach zugesagt hat, ist, wenn sie am Termin schwanger ist, überhaupt garnicht verpflichtet das Versprechen zu erfüllen, ihre Verbindlichkeit ist fortgefallen; daher muss der Stipulator auch mit der Interessenklage abgewiesen werden.

Wir sehen also, dass auch hier die Klage aus dem Hauptvertrage und die aus der Pönalstipulation an dieselbe Voraussetzung gebunden sind: Verletzung der aus dem Hauptvertrage entspringenden Verbindlichkeit. Diese Regel gilt für alle Pönalstipulationen in gleicher Weise — und wenn der Verfall der Strafe nicht überall unter denselben Umständen erfolgt, so liegt das eben daran, dass nicht alle Verträge — durch welche die Hauptleistung ausbedungen werden kann — Pflichten von gleicher Intensität erzeugen.

Diese Verschiedenheit in den Wirkungen der Verträge richtet sich aber nicht darnach, ob die Parteien bei Eingehung derselben „aus freiem Antrieb“ oder „unter richterlichem Einfluss“ handelten. Desshalb ist es unrichtig, wenn Wolff diese Besonderheit der cautio judicio sisti auf alle Verträge erstrecken will „die zu irgend einer Classe der stipulationes praetoriae gehörten.“

Untersuchen wir zunächst die cautio judicatum solvi; über diese bestimmt das fr. 3 § 8 h. t. 46. 7. Ulpianus libro septuagesimo septimo ad edictum:

> Si reus, postquam judicatum solvi promisit, demens factus sit, an stipulatio comittatur ob rem non defensam, quaeritur: magisque est, ut committatur, si nemo eum defendat.

Dagegen heisst es in fr. 2 § 5 si quis caut. 2. 11. Ulpianus libro LXXIV ad edictum Idem est (i. e. exceptio ei danda est) et si quis furere coeperit.

Den Verfall der clausula de re defendenda soll also auch nicht einmal der Ausbruch des Wahnsinns hindern, während der-

jenige, welcher judicio sisti versprochen hatte sowol in diesem Falle als auch in anderen, weit geringfügigeren, für entschuldigt gilt.

Ferner die cautio rem pupilli salvam fore; nach fr. 1 hoc tit. 46. 6. Paulus libro XXIV ad edictum: Cum pupillo rem salvam fore satisdatum sit, agi ex ea tunc potest, cum et tutelae potest — hat die Klage aus dieser Stipulation dieselben Voraussetzungen, wie die actio tutelae directa; — es wird uns aber nirgend gesagt, dass der tutor von seiner Pflicht, das Vermögen des Mündels in Stand zu halten, durch einen Trauerfall in seinem Hause befreit worden wäre.

Jene ganz besonders milde Haftung ist also nicht eine Besonderheit der prätorischen Stipulationen, sie ist nur der stipulatio judicio sisti eigen. Für alle anderen Obligationen, sei es dass sie aus einem Deliate, einem freien oder prätorischen Vertrage entstanden sind, gilt der Satz:

> „Strenge Haftung der Schuldner für ihre kontraktlichen Leistungen giebt einen Sporn zur genauen Vertragserfüllung und kommt damit der Gesundheit und Zuverlässigkeit des Verkehrs zu Gute“ (Dernburg Pandecten II, S. 97).

Jedem Vertrage liegt eine causa zu Grunde; wer sich zu einer bestimmten Leistung verpflichtet, hat in der Regel als Entgelt auch von seinem Gläubiger einen Vortheil erworben, mithin ist es nur recht und billig, wenn man dem letzteren das Recht zuspricht unter allen Umständen die Erfüllung seiner Forderung zu beanspruchen.

Anders liegt es bei der Verpflichtung vor Gericht zu erscheinen: Ohne allen Grund und ohne den geringsten Nachweis einer Bereehtigung kann jeder Bürger diese Handlung vom anderen verlangen; eine solche Befugniss ist nothwendig, zur Aufrechterhaltung eines geordneten Rechtslebens, aber eine böswillige oder leichtfertige Ausübung derselben kann den Einzelnen oft unverdienten Nachtheilen aussetzen, und deshalb soll der Verpflichtete hier nicht mit der sonstigen Strenge des Rechts behandelt, er soll nur dann zum Erscheinen angehalten werden, wenn ihm dieses nicht ganz besonders grosse Schwierigkeiten oder Unbequemlichkeiten bereitet. Das galt im römischen Recht und das gilt heute, und daraus erklärt sich die überaus milde Haftung desjenigen der judicio sisti versprochen hatte.

Wir gehen jetzt zu der von Savigny beliebten Einschränkung der von uns allgemein vertheidigten Regel über:

Savigny, Obligationenrecht II, § 80 not. q. erkennt zwar auch an, dass die Klage auf Strafe fortfalle, wenn der Anspruch auf die Hauptleistung wegen ihrer Unmöglichkeit erlösche, meint aber, dieses gelte nur, wenn der Hauptvertrag ein contractus bonae fidei sei; eine solche Unterscheidung wird aber meines Erachtens in den Quellen nicht gemacht; diejenigen Stellen, welche das Gegentheil für die obligationes stricti juris aussprechen sollen, glaube ich als beweisuntüchtig nach dieser Richtung hin ins rechte Licht stellen zu können.

Zunächst sei erwähnt fr. 8 de V. O. 45. 1. Paulus libro secundo ad Sabinum.

In illa stipulatione: 'si kalendis Stichum non dederis, decem dare spondes?' mortuo homine quaeritur, an statim ante kalendas agi possit. Sabinus Proculus expectandam diem actori putant, quod est verius: tota enim obligatio sub condicione et in diem collata est et licet ad condicionem comitti videatur, dies tamen superest. sed cum eo, qui ita promisit: 'si intra kalendas digito caelum non tetigerit' agi protinus potest. haec et Marcellus probat.

Meines Erachtens handelt es sich in beiden Fällen nicht um Pönalstipulationen: im ersten Falle liegt eine selbstständige bedingte Stipulation vor, ohne dass auf die in condicione befindliche Leistung noch ein besonderer Vertrag abgeschlossen wäre; was die causa dieser Stipulation sei, ob etwa eine Wette oder eine Schenkung — das ängstlich zu untersuchen, liegt kein Grund vor, da, wie besonders aus dem zweiten Falle hervorgeht, der Jurist sich hier in dem Gebiete der Schulbeispiele bewegt — und wer wollte es wol unternehmen für die zahlreichen Schulbeispiele unserer Quellen vernünftige wirthschaftliche Zwecke ausfindig zu machen? Es kam dem Juristen nur darauf an, zu untersuchen, wann in einer Bedingung zugleich eine Befristung liegt, und er entscheidet, dass dieses der Fall sei, wenn es heisse 'kalendis' nicht aber wenn 'intra kalendas' gesagt sei. Zu diesem Zwecke bedurfte er zweier bedingter Stipulationen, irgend welcher — jede war ihm gleich gut; auf den Inhalt der Bedingung kam es ihm garnicht an: ob sie in einer Handlung des Promittenten bestand, wie vorliegend, oder nicht, musste ihm gleichgültig sein, denn nur auf die Art der Zeitbestimmung richtete er sein Augenmerk.

Aber selbst gesetzt den Fall, dass er bei Auswahl seiner Beispiele von bedingten Verträgen, zu einer Pönalstipulation gegriffen hätte, so lag es ihm doch ganz fern zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen die Strafe verfalle, er suchte vielmehr nur zu eruiren in welchem Zeitpunkte sie, vorausgesetzt ihren Verfall gefordert werden könne; desshalb konnte er ja auch an einen solchen Fall gedacht haben, wo der Schuldner die Haftung für casus ausdrücklich übernommen hatte.

Aber wenn auch alles Vorstehende nicht zuträfe: wo in aller Welt ist denn gesagt, dass der Stichus durch Zufall zu Grunde gegangen sei? Konnte der Schuldner ihn nicht auch getödtet haben? Paulus lässt diese Frage offen, weil er, wie gesagt, sich hier überhaupt nicht mit den Voraussetzungen des Verfalls beschäftigt.

Aus seinem Schweigen aber zu entnehmen, er habe hier casus angenommen, erscheint gewagt — insbesondere da die Quellen desselben regelmässig ausdrücklich Erwähnung thun (§ 3 J. 3. 4 fr. 23 i. f. de R. J. 50. 17 u. a.).

Beim zweiten Falle aber von einer Conventionalpön zu reden, ist einfach unmöglich, dieser enthält doch vielmehr nur der Form nach eine bedingte Stipulation, während er materiell — zufolge § 11 de inut. 3. 19 wie eine gewöhnliche stipulatio pura zu behandeln ist.

Hieraus erklärt sich denn auch der scheinbare Widerspruch dieser Stelle mit der lex 69 de V. O. cit., in welcher, wenn man nur auf den Wortlaut der Bedingung sieht, gleichfalls eine condicio quae omni modo extitura est erkannt werden muss — und dennoch entschieden wird, dass die so bedingt zugesagte Leistung nicht gefordert werden könne. Die lex 69 redet eben von einer Pönalstipulation, und eine solche ist, wie oben gezeigt worden, nicht nur durch eine einfache Handlung oder Unterlassung bedingt, sie enthält vielmehr auch die Bedingung, dass der Promittent zu dieser Handlung oder Unterlassung verpflichtet ist resp. verpflichtet sein wird, und insofern muss diese letztere Bedingung als unmöglich bezeichnet werden, weil auf die Tradition eines todten Sclaven eine Verbindlichkeit nicht begründet werden kann. cf. § 4.

Als zweites Gegenargument wird gewöhnlich verwerthet das fr. 22 pr. ad leg. Aq. 9. 2. Paulus libro vicensimo secundo ad

edictum. Proinde si servum occidisti, quem sub poena tradendum promisi, utilitas venit in hoc judicium.

Aus dem Zusammenhange dieser Stelle ergiebt sich, dass Paulus hier nur Beispiele dafür anführt, dass der Schadensstifter gemäss der lex Aquilia gehalten ist, nicht nur den gemeinen Werth der vernichteten Sache, sondern das gesammte Interesse auszugleichen; unter Anderem — meint er — sei derjenige, welcher einen Sclaven tödtet, den der Eigenthümer sub poena zu tradiren versprochen hat, verpflichtet, dem Promittenten die etwa infolge dessen verfallene Strafe zu ersetzen.

Dass aber wird doch nicht bestritten werden, dass Paulus hier ex professo die Frage behandelt, welche Wirkungen der Strafverfall unter Umständen hervorzurufen geeignet ist, jedenfalls untersucht er nicht unter welchen Voraussetzungen die Strafe verfalle: Darüber zu schweigen war er berechtigt, ohne dass man ihm Unklarheit vorwerfen könnte; daher kann denn im vorliegenden Falle die Haftung für casus ausdrücklich übernommen sein, oder der Promittent kann bereits im Verzuge gewesen sein, als der Sclave ihm getödtet wurde; alles dieses ist möglich, und Paulus hat wol absichtlich durch seine Ausdrucksweise die Annahme aller dieser Möglichkeiten offen gelassen.

Wir sehen also, dass beide hier besprochenen Stellen[1]) keineswegs den Beweis dafür liefern, dass bei Wegfall des klagbaren Hauptvertrages infolge casueller Unmöglichkeit der Erfüllung — die Strafe dennoch verfalle, sei es regelmässig (Wolff u. Ihering) sei es ausnahmsweise (Savigny); vielmehr lassen dieselben sich, wie wir gesehen haben, leicht und ungezwungen mit der oben vertretenen Auffassung vereinigen.

Dasselbe wird zutreffen, wenn die durch den Hauptvertrag begründete Verbindlichkeit nicht durch Unmöglichkeit der Erfüllung sondern in Folge anderer Umstände wegfällt, so namentlich durch Confusion, Acceptilation, Novation; für die letztere ist uns dieses in den Quellen ausdrücklich bezeugt:

fr. 15 de nov. 46. 2 Julianus libro XIII digestorum

---

[1]) Savigny a. a. O. § 80. q. beruft sich für seine Ansicht noch auf fr. 77 V. O. u. 9 de naut. foen., dieselben stehen aber mit der hier behandelten Frage in keinerlei Zusammenhang und sind daher an anderer Stelle zu erörtern.

Si creditor poenam stipulatus fuerat, si ad diem pecunia soluta non esset, novatione facta non committitur stipulatio.

Somit wäre denn das erste Erforderniss: ein Anspruch, der zur Zeit wirksam geltend gemacht werden kann — die petitio der lex 88 de R. J. — als der mora und dem Strafverfall gemeinsam nachgewiesen.

§ 15. Fortsetzung: Die culpa als angebliches Erforderniss des Verzuges.

Wir schreiten jetzt zu der Behandlung der ferneren Erfordernisse beider Institute; es gestaltet sich die Untersuchung nunmehr so: wir haben eine klagbare, fällige, zur Zeit wirksame Obligation und fragen, unter welchen Voraussetzungen die Nichterfüllung derselben einerseits mora, andererseits Verfall der Pönalclausel erzeuge?

Hierbei ist der Stand der herrschenden Lehre folgender: Für den Verfall der Strafe werden weitere Voraussetzungen nicht gefordert, der Thatbestand erschöpft sich vielmehr in der Nichterfüllung der Verbindlichkeit und nur ausnahmsweise sollen gewisse Umstände z. B. Verschulden des Gläubigers den Verfall hindern. Anders liegt es beim Eintritt der mora; hier wird von der Mehrzahl der Schriftsteller zu dem genannten Thatbestande hinzu noch eine Anzahl von Voraussetzungen erfordert und zwar:

1. Die Nichterfüllung der bestehenden zur Zeit wirksamen Obligation muss dem Schuldner zugerechnet werden können, sodass also mora nicht eintritt, wenn die Nichterfüllung dem Schuldner nicht zugerechnet werden kann.
2. Mora tritt nicht ein, wenn der Schuldner sich über die den Anspruch begründenden Thatsachen in entschuldbarem Irrthum befindet.
3. Der Nichterfüllung muss gehörige Mahnung voraufgegangen sein[1]).

[1]) In der im Text angegebenen Weise werden die Voraussetzungen der mora und des Verfalls der Conventionalstrafe unterschieden von Mühlenbruch, Lehrbuch der Pandecten, Band 2, § 340 (Conventionalstrafe) resp. § 355 (mora); Unterholzner, Recht der Schuldverhältnisse, Band 1, § 123 resp. § 54; Wolff, Die Mora, § 2 und 3 resp. § 22 und 23, wobei zu bemerken ist, dass W. den Eintritt der, von ihm so genannten, subjecten mora an das Vorhandensein von dolus und lata culpa knüpft also eine exculpatio schon bei levis culpa annimmt. Windscheid. Lehr-

Betrachten wir zunächst die für die Conventionalpön in dieser Beziehung massgebenden Stellen daraufhin, ob auch sie diese drei Voraussetzungen aufstellen.

fr. 9 de naut. foen. 22. 2. Labeo libro V. pithanon a Paulo epitomatorum: Si trajecticiae pecuniae poena (uti solet) promissa est, quamvis eo die, qui primus solvendae pecuniae fuerit, nemo vixerit, qui eam pecuniam deberet, tamen perinde comitti poena potest, ac si fuisset heres debitoris

und damit vollkommen übereinstimmend

fr. 77 de V. O. 45. 1 Paulus libro LVIII ad edictum: Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas eius adita.

In beiden Fällen wird vorausgesetzt, dass der Schuldner gestorben, und seine Erbschaft noch nicht angetreten ist; dem Verstorbenen wird Niemand die Nichterfüllung zurechnen wollen und ebensowenig dem zukünftigen Erben, auf dessen Tasche die Strafe fällt, denn er ist ja noch garnicht Schuldner, ja er braucht nicht einmal Delat zu sein: Denken wir an den Wegfall des ersten Delaten und das Nachrücken anderer Personen.

Auch eine Interpellation wird hier überall nicht gefordert.

Oder gar eine Exculpation durch entschuldbarem Irrthum? Davon ist keine Rede; denn nach fr. 42 de R. J. 50. 17 haben die Erben bezüglich der Erbschaftsschulden eine justa causa ignorantiae, und doch wird hier keine Rücksicht auf die letztere genommen.

Wir sehen also, dass zwischen dem Verfall der Conventionalstrafe und dem Eintritt des Verzuges nach der herrschenden Meinung sich hier in drei wichtigen Punkten eine Differenz zeigt.

Es soll nun im Folgenden der Nachweis geführt werden, dass diese Differenz eine blos scheinbare ist, indem 1) die von Labeo und Paulus aufgestellte Regel keineswegs eine durchgreifende ist, und

---

buch der Pandecten, Band 2 lässt in § 285 und 286 zwar manche hierhergehörige Frage über den Verfall der Strafe offen, fordert aber für den Eintritt des Verzuges in § 277 alle drei oben erwähnten Voraussetzungen. Uellenberg, Neuenfeld und von Nettelbladt a. a. O. sprechen sich dagegen aus, dass der Verfall der Strafe an den Verzug des Schuldners gebunden sei; ohne sich über die Conventionalstrafe zu äussern, stellen v. Madai, Die Lehre von der Mora, § 14 und Fr. Mommsen a. a. O. § 8 auch die drei oben genannten Erfordernisse des Verzuges auf.

2) jene drei angeblichen Voraussetzungen der mora theils bei Weitem zu allgemein gefasst sind, theils auch schlechthin von den Quellen nicht gefordert werden.

Wir wenden uns zunächst der Frage zu, ob der Schuldner, welcher seiner Verbindlichkeit nicht nachkommt, sich zur Vermeidung der Folgen des Verzugs darauf berufen kann, dass ihm die Nichterfüllung nicht zur Schuld zugerechnet werden kann?[1])

Für die Bejahung dieser Frage wird namentlich das fr. 91 § 3 de V. O. 45. 1 Paulus libro XVII ad Plautium ins Feld geführt, die Stelle lautet:

> Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit. et quidem si effecerit promissor, quominus solvere possit expeditum intellectum habet constitutio: si vero moratus sit tantum haesitatur, an, si postea in mora non fuerit extinguatur superior mora. et Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho, quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose, inquit, erratur. et sane probabilis haec sententia est, quam quidem et Julianus sequitur: nam dum quaeritur de damno et par utriusque causa sit, quare non potentior sit qui teneat, quam qui persequitur?

Was besagt nun diese Stelle? Wir übersetzen, soweit sie wesentlich ist, wie folgt:

> „Wir wollen jetzt untersuchen, welcher Sinn mit dem Satze der alten Juristen zu verbinden ist 'so oft der debitor (an der Nichterfüllung) Schuld ist, wird die Haftung verewigt'. Hat nun der Schuldner sich selbst die Erfüllung unmöglich gemacht, dann ist der Sinn einleuchtend; wie aber, wenn er nur im Verzuge ist? Soll dann, wenn dieser Verzug später aufhört, nicht auch seine Wirkung aufhören?" Diese

[1]) Bejaht wird diese Frage von den auf Seite 99 Anm. 1 citirten Schriftstellern; verneint wird sie von Schömann, Handbuch des Civilrechts, Band I, 1806, S. 291 u. f. f. in ausgezeichneter Begründung; Glück, Pandecten, Band 8, S. 426; Puchta, Pandecten, § 269; Sintenis, Das gemeine Civilrecht, Band II, § 93 n. 50 u. Esmarch, De differentia inter moram solvendi et culpam a debitore praestandam. Die zuletzt genannte Abhandlung ist mir nicht zugänglich gewesen.

Frage bejaht Paulus nach dem Vorgang von Celsus und Julianus, da dieselbe ex aequo et bono zu beurtheilen sei.

Es ergiebt sich also, dass hier keineswegs von den Voraussetzungen der mora, sondern vielmehr von deren Wirkungen, beziehungsweise von der Dauer derselben geredet wird — um einen technischen Ausdruck zu gebrauchen — von der purgatio morae und deren Folgen: Der Ausdruck perpetuari macht dem Juristen Pein, er will sich darüber Klarheit verschaffen, ob derselbe wörtlich zu nehmen sei, ob nun die Haftung wirklich eine ewige sein soll, oder nur solange daure, wie die mora selbst d. h. die Weigerung zu erfüllen, bestehe; dass aber die mora culpa voraussetze, oder culpa sei — wie Brinz, Pandecten, 2. Aufl. § 271 meint — das spricht Paulus als eigene Meinung nicht aus. Er untersucht nur wie ein bestimmter Satz der veteres aufzufassen sei, und theilt denselben wörtlich mit. Desshalb darf den mitgetheilten Worten nicht der Sinn untergelegt werden, den Paulus selbst oder gar die Heutigen mit ihm verbinden, sondern nur der, welchen sie bei den veteres hatten.

Nun aber wissen wir, dass jene alten Juristen unter „culpa“ etwas ganz anderes verstanden als Paulus und wir, wenn wir von einer Zurechenbarkeit zur Schuld sprechen. Ihnen war culpa etwa dasjenige, was wir heute „Anlass“ nennen würden.

In dieser Beziehung führt A. Pernice, Labeo, II, S. 231 gestützt auf reiches Quellenmaterial aus:

> „Indessen das Wort culpa kömmt in der Gesetzes- und Edictssprache der republicanischen Zeit überhaupt nicht vor: es ist ein alter Juristenausdruck. Wie der Begriff wesentlich ein Product des richterlichen Rechts ist, so ist auch der Ausdruck meines Wissens in der Kaiserzeit nicht in die Amtssprache eingedrungen. In republicanischer Zeit aber wird mit dem Worte auch bei nichtjuristischen Schriftstellern kein fester, vor allem nicht der Sinn von Fahrlässigkeit verbunden. Vielmehr hat es hier etwa dieselbe unbestimmte Bedeutung wie unser Schuld, sodass es auch auf willenlose Dinge übertragen wird.“

So würde man heute in demselben Sinne etwa sagen: Daran ist das Wetter Schuld; und warum sollte man nicht — um bei unserer Parallele zu den fr. fr. 9 de N. F. u. 77 de V. O. cit. zu bleiben — in demselben Sinne auch sagen können: Daran ist der

frühzeitige Tod des debitor Schuld, es ist eine culpa mortis ejus — wie Cicero cato major 7 von culpa senectutis redet.

Fassen wir das Wort culpa so — und das müssen wir — so wird es für jene Deductionen gänzlich unverwerthbar, und die lex citata hört auf, eine Waffe in den Händen der Gegner zu sein.

In gleicher Weise soll das Erforderniss der culpa ausgesprochen sein in fr. 114 de V. O. 45. 1. Ulpianus libro septimo decimo ad Sabinum.

Si fundum certo die praestari stipuler et per promissorem steterit, quominus ea die praestetur, consecuturum me quanti mea intersit moram facti (besser factam) non esse.

Man erwäge aber doch, was zu beweisen ist, und was der Jurist sagt: zu beweisen ist: wenn mora eintreten soll, muss die Nichterfüllung dem debitor zur Schuld zugerechnet werden können; der Jurist sagt: wenn dem debitor die Nichterfüllung — sagen wir vorläufig — zur Schuld zuzurechnen ist, tritt mora ein.

Ist es denn dasselbe, ob ich sage: wenn das Wetter schlecht wird bleibe ich zu Hause, oder: wenn ich zu Hause bleibe, wird das Wetter schlecht? Ich meine nicht; und desshalb ist es auch verfehlt unsere lex 114 nach jener Richtung hin ausbeuten zu wollen.

Aber auch abgesehen davon ist es unrichtig, das „per promissorem stare“ der culpa promissoris im Sinne der späteren Juristen gleichzustellen; der erste Ausdruck ist vielmehr, wie Wolff a. a. O. S. 60 richtig bemerkt, nie ein fester terminus geworden, sondern er bedeutet in den Quellen bald wirkliche culpa, bald besagt er nur negativ, dass nicht der Gläubiger Schuld ist, bald giebt er an, dass der Grund eines Ereignisses ein in der Person des Schuldners liegender zufälliger Umstand sei z. B. der Tod desselben.

Einen ferneren Belag für jene hier angefochtene Meinung soll bieten das fr. 21 de usuris 22. 1 Ulpianus libro XXXIV ad edictum.

Sciendum est non omne, quod differendi causa optima ratione fiat, morae adnumerandum: quid enim si amicos adhibendos debitor requirat vel expediendi debiti vel fidejussoribus rogandis*? vel exceptio aliqua allegetur? mora facta non videtur

und dazu gehörig fr. 22 eod. Paulus libro XXXVII ad edictum.

si modo id ipsum non fraudandi causa simuletur.

---

*) Th. Mommsen conjicirt: vel expediendi debiti fidejussoribus corrogandis spatium.

Hier liegt, das werden wir sagen dürfen, eine unbefristete Schuld vor, die bekanntlich nicht vor der Interpellation erfüllt zu werden braucht, aber — so fügen wir hinzu — auch nicht immer schon sofort nach der Interpellation, denn bisweilen „inest tempus" fr. 137 § 2 de V. O. d. h. die Vornahmen der versprochenen Leistung kann ihrer Natur nach eines gewissen Zeitraumes bedürfen, und dann darf der Gläubiger nicht unvernünftiger Weise auf sofortige Befriedigung dringen. Dieses und nichts anderes spricht unsere lex 21 aus, sie verlangt ja auch, dass der Aufschub optima ratione geschehe, und einen solchen, der seinen Grund in einer simulatio fraudandi causa hat, weist sie von der Hand; der Schuldner soll eben nur solange zögern dürfen, als die Natur der Leistung dieses erheischt.

Der Fall, welchen Ulpian im Auge hat, mag etwa so liegen: A. bittet den B. um ein, für die ihm bekannten Verhältnisse desselben, sehr bedeutendes Darlehn; er weiss zwar, dass B. über diese Summe zur Zeit nicht disponiert, rechnet aber darauf, dass es diesem gelingen werde, dieselbe zu beschaffen. Nachdem B. sich die Sache überlegt, willigt er ein und es wird eine förmliche stipulatio geschlossen, ohne dass jedoch ein bestimmter Termin für die Auszahlung festgesetzt wäre. Wenn nun A. gestützt auf den Satz: quod sine die debetur statim debetur, im selben Augenblick kategorisch an den B. die Forderung stellt, ihm unverzüglich das versprochene Geld auf den Tisch zu zählen, widrigenfalls er ihn für alle Schäden, die ihm, dem A., aus dieser Verzögerung erwachsen würden, verantwortlich mache — sollte B. da nicht einwenden dürfen: das war nicht die Meinung, Du wusstest, dass ich mir das Geld erst beschaffen muss, und dass das vielleicht einige Wochen dauern kann; ich will sehen, über wieviel baares Geld meine Freunde verfügen, und ihnen das abnehmen, wenn das noch nicht langt, will ich sie bitten bei einem Wechsler für mich gut zu sagen — das alles lässt sich nicht in einem Augenblicke erledigen, und bis das Alles erledigt ist, solange bist Du nach Inhalt unseres Vertrages zu warten verpflichtet. Erst dann, wenn ein hierzu hinreichender Zeitraum verflossen ist, ohne dass ich Dir das Geld offeriert habe — kannst Du an mich Forderungen stellen und mich für Deine Schäden verantwortlich machen.

Wir sehen also, hier liegt die Sache so, dass die durch die concreten Umstände bedingte Zahlungsfrist noch nicht abgelaufen war.

Warum also trat hier keine mora ein? Etwa weil die Nichterfüllung dem Schuldner nicht zugerechnet werden konnte? Gewiss nicht, sondern weil zur Zeit ein Anspruch auf die versprochene Leistung nicht begründet war: nulla petitio (fr. 88 de R. J. u. § 27 de inut. stip.)

Unsere lex enthält also nur eine ganz allgemein anerkannte, und ich möchte fast sagen, selbstverständliche Regel, mit Ausnahme eines Passus: vel exceptio aliqua allegetur; — gemäss der getroffenen Anordnung des Stoffes werde ich hierauf später zurückkommen.

Wir gehen jetzt zu einer anderen Gruppe von Entscheidungen über, die gleichfalls von den Vertheidigern des Satzes, dass mora bei vollkommener Schuldlosigkeit des debitor ausgeschlossen sei, als Beleg für ihre Meinung angeführt werden; diese Entscheidungen lassen sich bei richtiger Interpretation auf einen ganz anderen, sowol für mora als auch für commissio poenae unstreitigen Grundsatz zurückführen. Es sind dieses:

fr. 9 § 1 i. f. de usuris 22. 1. Papinianus libro undecimo responsorum:

si tamen post mortem creditoris nemo fuit cui pecunia solveretur, ejus temporis inculpatum esse moram constitit: ideo si majores usurae prioribus petantur, exceptio doli non inutiliter opponetur.

fr. 17 § 3 de usuris 22. 1. Paulus libro singulari de usuris.

Si pupillo non habenti tutorem fideicommissum solvi non potuit, non videri moram per heredem factam divus Pius rescripsit. ergo nec ei debetur, qui quod rei publicae causa afuit vel ex alia causa justa impeditus, ex qua restitutio indulgetur, petere non potuit.

Im ersten Falle ist der Gläubiger gestorben, die Erbschaft ist noch nicht angetreten, und hat auch keinen Vertreter, kurzum — es ist von Seiten des Gläubigers Niemand vorhanden, der die vom Schuldner offerirte Leistung mit befreiender Wirkung in Empfang nehmen könnte; im zweiten Falle kann die Leistung an den Gläubiger nicht erfolgen, weil er unmündig ist und keinen Vormund hat, oder weil er sich vom Zahlungsorte entfernt hat; in beiden Fällen soll mora nicht eintreten. Das ist nicht mehr als recht und billig. Hier finden wir nun allerdings bestätigt, dass mora nicht eintritt, obgleich von einer Unmöglichkeit der Erfüllung an sich nicht geredet werden kann, denn der Schuldner hätte sich ja auch durch Deposition der Schuldsumme von dem Vorwurf der

Säumigkeit befreien können; es wäre aber zu weit gegangen, wenn man aus dieser Stelle den umfassenden Satz entnehmen wollte, dass jede „vollkommene Schuldlosigkeit“ des debitor den Eintritt der mora ausschliesse.

Ich finde hier nur einen beschränkteren Satz bestätigt: Wenn nemlich der debitor an der Erfüllung der Schuld dadurch behindert wird, dass die hiezu erforderliche Mitwirkung des Gläubigers ausbleibt, dann tritt mora nicht ein, wobei es völlig gleichgültig ist, ob Solches vom Gläubiger verschuldet ist oder nicht. Letzteres wird in der lex 17 noch besonders hervorgehoben, indem auch eine solche Abwesenheit des Gläubigers — mora ausschliesst, die für ihn einen Restitutionsgrund bewirkt.

Diese Regel enthält aber nichts der mora Eigenthümliches, sie lässt sich vielmehr auf den allgemeinen Grundsatz des fr. 74 de R. J. 50. 17 Papinianus libro I quaestionum: Non debet alteri per alterum iniqua condicio inferri — zurückführen, namentlich aber ist die Geltung derselben, und darauf kommt es uns hier an, auch für die Conventionalpön ausdrücklich anerkannt:

fr. 122 § 3 de V. O. 45. 1. Scaevola libro XXVIII digestorum. Coheredes cum praedia hereditaria diviserant, unum praedium commune reliquerunt sub hoc pacto, ut, si quis eorum partem suam alienare voluisset, eam vel coheredi suo vel eius successori venderet centum viginti quinque: quod si quis aliter fecisset, poenam centum invicem, stipulati sunt; quaero cum coheres mulier coheredis liberorum tutores saepius testato convenerit et desideravit, ut secundum conventionem aut emant aut vendant, hique nihil tale fecerint, an, si mulier extero vendiderit, poena ab ea centum exigi possit. respondit secundum ea quae proponerentur obstaturam doli mali exceptionem.

fr. 8 de nautico faenore 22. 2. Ulpianus libro LXXVII ad edictum: Servius ait pecuniae trajecticiae poenam peti non posse, si per creditorem stetisset, quominus eam intra certum tempus praestitutum accipiat.

Die Gleichartigkeit dieser Fälle mit den oben besprochenen braucht wol nicht erst nachgewiesen zu werden.

Sehr einfach erledigt sich meines Erachtens auch das Bedenken, welches gegen die hier vertretene Ansicht durch folgende Stelle veranlasst wird:

fr. 23 pr. de usuris 22. 1. Ulpianus libro XXXIV ad edictum: Sed et si rei publicae causa abesse subito coactus sit, ut defensionem sui mandare non possit, moram facere non videbitur: sive in vinculis hostiumve potestate esse coeperit.

Darnach soll — wie die Vertheidiger des Erfordernisses der culpa meinen — mora nicht eintreten, wenn der Schuldner infolge von Gefangenschaft oder plötzlicher Abreise ausser Stande war — sagen wir vorläufig — einen Vertreter zu ernennen; also trete mora nicht ein, wenn die Nichterfüllung dem debitor nicht zur Schuld zugerechnet werden könne, d. h. wenn die Erfüllung unabhängig von seinem Willen unterblieb.

Ist das aber hier gesagt? Was heisst denn 'defensionem sui mandare'? Ich denke doch, nichts Anderes als einen Processbevollmächtigten ernennen; hat aber derjenige, welcher wünscht, dass während seiner Abwesenheit seine Schulden bezahlt werden, nöthig einen Processbevollmächtigten zu ernennen? mir scheint, dass es ihm eher darum zu thun sein muss, einen Zahlungsmandatar zu suchen; von einem Schuldner aber der seine Sache einem Advocaten übergiebt, wird man wol mit ziemlicher Bestimmtheit annehmen dürfen, dass er nicht zahlen will. Diese Annahme wird für den vorliegenden Fall zur Gewissheit, wenn man beachtet, dass die lex 21 eodem — die in dem Edictscommentar des Ulpian unmittelbar vor der lex 23 cit. stand — mit den Worten schliesst: 'vel exceptio aliqua allegetur? mora facta non videtur'; mithin ist in der lex 23 cit. keineswegs gesagt, dass die plötzliche Abreise den Schuldner, welcher gern zahlen wollte, an der Erfüllung hinderte, sondern vielmehr nur, dass er nicht Zeit genug fand, einen Advocaten zu engagiren und zu instruiren, der eben diese Schuld bestreiten und die Verurtheilung abwenden sollte.

Der Grund, aus welchem hier mora nicht eintritt, muss also wol ein anderer sein, — doch davon später; jedenfalls ist diese Stelle für die culpa-Theorie nichts weniger als ein Beweis.

Nachdem wir gesehen haben, dass alle aus den Quellen geschöpften angeblichen Beweise für jene Theorie sich als hinfällig erwiesen haben, erübrigt es noch, diejenigen Stellen anzuführen, welche ausdrücklich aussprechen, dass mora auch dann eintritt, wenn von einer Schuld des debitor keine Rede sein kann.

Da ist zunächst Paulus, sententiae III. C. 8 § 4. Ex mora

praestandorum fideicommissorum vel legatorum fructus et usurae peti possunt: mora autem fieri videtur cum postulanti non datur, und ebenso

fr. 1 pr. de A. E. 19. 1. Ulpianus libro XXVIII ad Sabinum. Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel empta est.

Paulus und Ulpianus bezeichnen hier also übereinstimmend als Voraussetzungen der mora schlechthin nur die Nichterfüllung einer zur Zeit bestehenden Forderung.

Ferner fr. 3 § 4 de A. E. 19. 1. Pomponius libro nono ad Sabinum: Quodsi per emptorem mora fuisset, aestimari oportet pretium quod sit cum agatur, et quo loco minoris sit. mora autem videtur esse, si nulla difficultas venditorem impediat, quominus traderet, praesertim si omni tempore paratus fuit tradere.

Dass hier der Jurist die Voraussetzungen der mora — ex professo behandelt, ergiebt sich auf den ersten Blick, und dass er vollständig sein will, werden wir auch bei näherem Zusehen erkennen; es handelt sich in unserer lex doch offensichtlich um ein unbefristetes Kaufgeschäft, dessen Erfüllung Zug um Zug zu erfolgen hat; jeder Contrahent ist der Natur des Kaufvertrages gemäss Gläubiger und Schuldner, also jeder kann sofort seine Forderung geltend machen, sobald er selbst die ihm obliegende Leistung vornimmt; denn wenn Letzteres nicht der Fall ist, steht seinem Anspruch die sog. exceptio non adimpleti contractus entgegen, und der Eintritt der mora des Gemahnten wird vereitelt. Nun sagt der Jurist: Wenn der Verkäufer den Preis fordert und zugleich die Waare in Bereitschaft hält, so hat der Käufer keinerlei Einwände zu machen, und geräth sofort in mora, wenn er nicht zahlt. Vollends — fährt Pomponius fort — liegt erst recht kein Grund vor, dass mora nicht eintreten soll, wenn der Verkäufer sogar ausdrücklich die Waare angeboten hat. Bei Untersuchung der Voraussetzungen der mora legt der Jurist hier also nur Gewicht auf das Verhalten des Gläubigers, und fragt sich, wann dieses die mora etwa ausschliessen könnte, ganz fern liegt ihm aber der Gedanke, dass bei Vorhandensein von Mahnung und fälliger Forderung — mora ausgeschlossen werden könnte durch Gründe, die in der Person des Schuldners liegen.

Jeden Zweifel aber scheint mir zu beseitigen das fr. 23 § 1 de usur. 22. 1. Ulpianus libro XXXIV ad edictum: Aliquando etiam in re (besser ex re) moram esse decerni solet, si forte non exstat, qui conveniatur.

Zunächst fragt es sich, was heisst 'mora in re' oder 'ex re'? Darauf erhalten wir Antwort in fr. 32 pr. eod. Marcianus libro IV regularum:

Mora fieri intelligitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit.

Ulpianus will also etwa Folgendes sagen: Bisweilen tritt Verzug auch ohne vorhergehende Mahnung ein, und zwar dann, wenn Niemand am Leben ist, der gemahnt werden könnte.

Zunächst scheint es mir klar, dass ,exstat' hier bedeutet 'ist am Leben'; in demselben Sinn wird dieses Wort oft gebraucht, namentlich auch von Paulus sent. V. 7 § 4; sollte damit blos die Abwesenheit des Schuldners gemeint sein[1]), dann hätte Ulpianus zum Eintritt der mora — zufolge fr. 2 de N. F. 22. 2 — doch wenigstens eine testatio gefordert; — einem Todten gegenüber aber einen Protest zu verlautbaren, wäre sinnlos.

Wir sehen also, dass der Jurist auch dann mora eintreten lässt, wenn bei Fälligkeit der Forderung der Schuldner garnicht am Leben ist; das spricht doch — denke ich — schlagend gegen die culpa-Theorie. Wie kann hier von einer Zurechnung geredet werden; kann Jemand schuldloser sein als ein Todter; und wenn es in der Person des Schuldners liegende Gründe gäbe, die mora ausschlössen, wäre da der Tod desselben nicht an erster Stelle zu nennen?

Aus allem Vorstehenden ersehen wir nun, dass — vorläufig abgesehen von dem unten zu behandelnden entschuldbaren Irrthum des debitor — es keinen einzigen Entschuldigungsgrund giebt, welcher bei Nichterfüllung einer fälligen, einwandsfreien Obligation, den Eintritt der mora auszuschliessen vermöchte, es sei denn, dass die Erfüllung durch in der Person des Gläubigers liegende Umstände vereitelt würde.

Damit erledigt sich denn auch die Frage, ob jene Behinderungsgründe in der Person des Schuldners, welche — wie wir oben

---

[1]) So Wolff a. a. O. § 24 und Fr. Mommsen a. a. O. III, § 9. 1, welche auch verlangen, dass die Abwesenheit eine entschuldbare sei.

gesehen haben — Unmöglichkeit der Erfüllung, und damit Aufhebung des Anspruchs, nicht bewirken, nicht wenigstens einen Exculpationsgrund bilden: Dem Schuldner geht am Zahlungstage das in Bereitschaft gehaltene Geld casuell zu Grunde; der Schuldner will mit dem nöthigen Gelde versehen, sich zum Gläubiger begeben, und findet, dass die Brücke des seinen Weg kreuzenden Stromes abgerissen ist. — Nirgend ist in den Quellen auch nur angedeutet, dass dieser Umstand den Schuldner von den Folgen der mora befreie; das Gegentheil müssen wir vielmehr aus fr. 137 § 4 de V. O. cit. entnehmen.

Ich will jedoch nicht unterlassen, hier nochmals darauf hinzuweisen, dass es bei solchen Unfällen sehr auf die Natur der geschuldeten Leistung ankommt. Hindernisse in der Person des Schuldners, wie Tod, Krankheit, erzwungnen Abwesenheit, Versperrung des vom Schuldner zurückzulegenden Weges, können allerdings unter Umständen die mora ausschliessen, wenn nämlich die betreffende Leistung nur vom Schuldner persönlich vorgenommen werden durfte z. B. das Malen eines Bildes, die ärztliche Behandlung eines Kranken seitens eines berühmten Specialisten, das persönliche Erscheinen des Promittenten an einem bestimmten Orte.

In allen diesen Fällen aber ist die persönliche Behinderung niemals Entschuldigungsgrund für die Nichterfüllung einer fälligen einwandsfreien Forderung, sie kommt vielmehr nur insofern in Betracht, als sie den Anspruch, die petitio — zufolge Unmöglichwerden der Leistung — dauernd oder vorübergehend aufhebt. Hier ist eben die persönliche Behinderung des Schuldners vollkommen gleichzustellen dem Untergang einer species bei einer Obligation, welche Leistung einer solchen zum Gegenstand hat. Die Wirkung ist hier wie dort, Unmöglichkeit der Erfüllung d. h. es wird nunmehr Jedem, nicht allein dem Schuldner, unmöglich die Leistung zu bewirken.

In der Stadt B. an einem bestimmten Tage 1000 zu zahlen, wird aber auch dann nicht unmöglich, wenn diese Stadt von einem feindlichen Heere umzingelt sein sollte. Was aber möglich ist, muss auch geleistet werden. Hierin eine Härte zu erblicken, hiesse die Sache nur von einer Seite betrachten, nämlich von der des Schuldners. Wer von einem Unglück betroffen wird, wie jener Schuldner, der rathlos an dem Ufer des brückenlosen Stromes umherirrt, ist gewiss zu bedauern; sollte es aber darum billig sein,

die Folgen dieses Unglücks auf einen Anderen, den Gläubiger, zu wälzen, den es doch eigentlich garnicht betroffen hat.

Diese Consequenz ist denn auch keineswegs ohne Gleichen im römischen Recht; man denke doch an die Eviction und die Haftung für Mängel beim Kaufvertrage: Der Verkäufer, welcher optima fide ein Schaf verkauft, welches er nach der sorgfältigsten Untersuchung als gesund befunden, muss, wenn dieses Thier an einer noch so versteckten, ja unentdeckbaren ansteckenden Krankheit litt, dem Käufer dessen ganze Heerde ersetzen, wenn dieselbe, von jener Krankheit befallen, dahinstarb.[1]) Wo will man da auch nur die leiseste Spur einer culpa erspähen, und dennoch: Haftung für allen Schaden.

Ganz unbestritten tritt dieses auch bei der Eviction ein.[2])

Das Resultat ist also, dass wir nach der erörterten Richtung hin bei der Behandlung der mora zu denjenigen Sätzen gelangt sind, welche wir als für die Beurtheilung der Voraussetzungen des Strafverfalls feststehend erkannt haben.

§ 16. Fortsetzung. Der entschuldbare Irrthum als angeblicher Ausschliessungsgrund des Verzuges.

Ein zweiter sogenannter Exculpationsgrund soll darin bestehen, dass die mora dann nicht eintrete, wenn der debitor die Erfüllung aus dem Grunde unterliess, weil er sich bezüglich seiner Obliegenheit in einem entschuldbaren Irrthum befand, d. h. weil er diejenigen Thatsachen entschuldbar nicht kannte, welche diese Forderung auf Seiten dieses Gläubigers gegen ihn begründeten — oder weil ihm der Umfang der Forderung entschuldbar nicht bekannt war.[3])

Prüfen wir, inwieweit diese Ansicht begründet ist; in dem bei Weitem grössten Theil der von den Vertheidigern dieses Satzes angezogenen Stellen liegt der Fall so, dass der gemahnte Schuld-

---

[1]) So wenigstens Windscheid, Pandecten, II, § 995 Anm. 3. A. Pernice, Labeo II, S. 324 und 325. Dagegen allerdings Dernburg, Pandecten, II, § 100 Anm. 17.

[2]) Eck, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums, S. 27.

[3]) v. Madai a. a. O. § 13. 3. Wolff a. a. O. § 23. I. 1. 2. und 4., beiläufig sei bemerkt, dass Wolff in Punkt 1 in vollster Unbefangenheit auch den Rechtsirrthum als Entschuldigungsgrund proklamirt. Fr. Mommsen § 8. 1. S. 57 ff. Mühlenbruch, Pandecten, § 355. Sintenis, Civilrecht, § 93 Anm. 73 und 78. Windscheid, Pandecten, § 277. 3. Dernburg,

ner, anstatt zu zahlen, den Gläubiger auf die richterliche Entscheidung verweist.

Einige von diesen Stellen haben meines Erachtens mit der mora überhaupt garnichts zu schaffen, so namentlich:

fr. 99 de R. I. 50. 17. Venulejus libro duodecimo stipulationum. Non potest improbus videri, qui ignorat quantum solvere debeat.

Improbus kann derjenige natürlich nicht genannt werden, der die Höhe der ihm obliegenden Schuld nicht kennt; ob er aber morosus sei, dass ist hier die Frage, und darauf bleibt unsere lex die Antwort schuldig; denn wer wollte wol improbitas als Erforderniss des Verzuges aufstellen? Soweit ist meines Wissens noch Niemand gegangen; es wäre hier am Ort an den Ausspruch des Cujacius (in ib. X ad quaestiones Papiniani l. 17 D. de cond. furt) zu erinnern: mora non est maleficium.

Also offenbar redet Venulejus hier überhaupt nicht von der mora; vielleicht untersucht er die Frage, wann der leugnende Schuldner ins duplum zu verurtheilen, oder wann ihm die Strafe des temere litigans aufzuerlegen sei; — ich sage ‚vielleicht', denn wer wollte mit Gewissheit sagen, was die römischen Schriftsteller mit jenen aphoristisch gehaltenen, abstracten und noch dazu aus dem Zusammenhange gerissenen Aussprüchen meinen, denen wir so häufig im titulus de reg. jur. begegnen.

Ich will nun alle diejenigen Stellen aufeinanderfolgen lassen, welche dem Schuldner, der über die ihm obliegende Verbindlichkeit sich in entschuldbarem Irrthum befindet, angeblich das Recht der Processführung, unter Vermeidung der Folgen der mora gewähren.

fr. 21 de usuris citat.: hier kommt es nur auf dem Passus, 'vel exceptio aliqua allegetur' an.

fr. 23 pr. eodem. citat. Sed etsi rei publicae causa abesse subito coactus sit, ut defensionem sui mandare non possit, moram

Pandecten, § 40 Anm. 18, der jedoch die im Texte aufgestellte Ansicht wesentlich einschränkt.

Der einzige, der meines Wissens den entschuldbaren Irrthum als Exculpationsgrund nicht anerkennt, ist Kniep, Die Mora des Schuldners, 1871, Bd. I, § 31—36; derselbe verhält sich jedoch vorzugsweise negativ: er bestreitet die herrschende Lehre, giebt aber eine eigene Erklärung der in Frage stehenden Quellenstellen nicht; übrigens finden sich daselbst wiederholt treffende kritische Bemerkungen.

facere non videbitur: sive in vinculis hostiumve potestate esse coeperit.

fr. 24 pr. eodem. Paulus libro XXXVII ad edictum: Si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram: utique si juste ad judicium provocavit.

fr. 47 eodem. Scaevola libro IX digestorum Respondit paratum judicium accipere, si ab adversario cessatum est, moram facere non videri.

fr. 63 de R. I. 50. 17. Julianus libro XVII digestorum: Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere.

Andrerseits belehrt uns das fr. 82 § 1 de V. O. 45. 1. Ulpianns libro LXXVIII ad edictum . . . . . . Et hic moram videtur fecisse, qui litigare maluit quam restituere.

Aus der letzten Stelle ergiebt sich also, dass der gemahnte Schuldner seine fällige und einwandsfreie Schuld einfach zu bezahlen hat, und es ihm nicht schlechtweg erlaubt ist, dem Gläubiger anheimzugeben, sich das ihm etwa Zukommende auf dem Wege des gerichtlichen Verfahrens und der Zwangsvollstreckung zu verschaffen; bei diesem blos passiven Verhalten drohen ihm nicht nur die Nachtheile des Processes, sondern es treffen ihn auch sämtliche Folgen der mora; dagegen aber soll es ihm nach den zuerst genannten Stellen unter gewissen Voraussetzungen allerdings gestattet sein, die Zahlung unter Berufung auf die richterliche Entscheidung vorläufig abzulehnen, ohne dass er sich dadurch der Gefahr aussetzt in Verzug zu gerathen.

Welches sind nun diese Voraussetzungen? Darüber geben uns die citirten Stellen nur sehr ungenügende Auskunft: es müsse optima ratione geschehen, und dürfe nicht frustrationis causa erfolgen; die Verweisung des Gläubigers an den Richter müsse juste vorgenommen sein, oder sine dolo.

Aus allem diesem liesse sich nun wenig entnehmen, wenn nicht die lex 5 de R. C. die herrschende Meinung dahingebracht hätte, dass jene Voraussetzung nichts Anderes, als der entschuldbare Irrthum des debitor in Betreff des Bestehens und der Höhe der Schuld sei. Die lex 5 cit. wird unten eingehend besprochen werden, soviel mag jedoch schon hier gesagt sein, dass jener Satz nur mit grosser Anstrengung in sie hineingetragen werden kann. Wir werden uns daher nach Einzelentscheidungen, welche auf vorliegende Frage

Bezug nehmen, umzusehen, und dieselben auf ihre Uebereinstimmung mit jenem Satze zu prüfen haben.

Zunächst müssen wir fragen: welche Art von Irrthum erklären die Quellen für entschuldbar? Eine Beantwortung finden wir in

fr. 42 de R. J. 50. 17. Gajus libro nono ad edictum provinciale Qui in alterius locum succedunt, justam habent causam ignorantiae, an id quod peteretur deberetur. fidejussores quoque non minus quam heredes justam ignorantiam possunt allegare.

Also die Erben haben bezüglich der Erbschaftsschulden das Recht, sich auf entschuldbaren Irrthum zu berufen. Das ist nicht mehr als recht und billig, denn wie kann man von einem, etwa an entferntem Orte wohnenden Testamentserben verlangen, dass er wisse, in welche Rechtsgeschäfte sich der Erblasser vor seinem Ableben eingelassen habe?

Hier wäre also der Mann wie geschaffen dazu, trotz Verzögerung der Zahlung — den Folgen der mora solange zu entgehen, bis es ihm bei thunlichster Beschleunigung möglich würde, sich über die fragliche Schuld und deren Umfang Gewissheit zu verschaffen. Wird ihm denn aber von den Quellen dieser Vorzug eingeräumt? Untersuchen wir das

fr. 1 pr. si cui plus 35. 3 Ulpianus libro LXXIX nono ad edictum Si cui plus quam licuerit legetur et dubitari juste possit, utrum lex Falcidia locum habitura est nec ne, subvenit praetor heredi, ut ei legatarius satisdet, ut si apparuit eum amplius legatorum nomine cepisse quam e lege Falcidia capere licebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam det dolusque malus ab eo afuturus sit.

In dem ersten Satze 'si — bis — legetur' stellt der Jurist sich auf einen objectiven Standpunkt, und verräth dem Leser, was den betheiligten Personen und auch dem Prätor noch ein Geheimniss ist, nemlich dass das Legat die durch die lex Falcidia begrenzte Höhe thatsächlich überschreite, und fährt dann fort mit der Mittheilung, dass der Erbe sich in einem nach fr. 42 cit. entschuldbaren Irrthum in Betreff der Höhe des Ueberschusses der Activa über die Passiva befinde. Unter dieser Voraussetzung, heisst es, subvenit praetor heredi, indem er dem legatarius jenes Versprechen abzwingt.

In den Augen der Vertreter der herrschenden Meinung muss diese Dienstfertigkeit des Prätors doch als eine ganz müssige er-

scheinen, denn der um Auszahlung des Legats angegangene Erbe könnte dem Vermächtnissnehmer einfach erwidern: Es ist mir noch nicht gelungen, den Betrag der Schulden meines Erblassers festzustellen, desshalb weiss ich auch nicht wieviel Dir zukommt; ich befinde mich in entschuldbarer Unkenntniss — gedulde dich daher bis ich Gewissheit habe.

Wäre nun der Erbe wirklich berechtigt, dem Vermächtnissgeber so zu begegnen, dann liesse es sich allerdings nicht begreifen, in welcher Hinsicht der Prätor ihm noch helfen sollte; die Einführung jener satisdatio könnte dann nur im Interesse der Vermächtnissnehmer erfolgt sein, und den Zweck haben, den letzteren einen Weg zu weisen, auf dem sie zeitiger in den Besitz des Vermächtnisses gelangen könnten. Dann hätte Ulpianus aber sagen müssen: 'subvenit praetor legatariis'; das sagt er aber nicht — dem Erben soll geholfen werden.

Die Stelle ist daher wol nur so zu verstehen: Hat der Erbe die Erbschaft angetreten, und fordert der legatarius sein unbefristetes und unbedingtes Vermächtniss, so steht es allerdings in der thatsächlichen Macht des Erben zu zahlen oder nicht zu zahlen; zahlt er, so läuft er Gefahr, dass der Vermächtnissnehmer das empfangene Geld verprasse, und er nachher, wenn sich ergeben hat, dass das Legat vielleicht nur zu drei Viertheilen auszuzahlen war, das Nachsehen habe, indem der Vermächtnissnehmer sich als mittellos erweist; — zahlt er nicht, dann würde der Vermächtnissnehmer ihn wol verklagen, der Erbe würde die exceptio legis Falcidiae vorschützen, der Process würde solange dauern, bis durch die Beweisaufnahme der Betrag der Erbschaft festgestellt wäre; schliesslich käme die Entscheidung: Das Vermächtniss ist voll auszuzahlen — die Einrede des Beklagten ist zu verwerfen; aber das ist noch nicht Alles; Du bist, würde der judex zum Erben sagen, morosus, zahle daher Verzugszinsen, leiste den höchsten Werth des inzwischen verstorbenen vermachten Stichus, und ersetze dem Kläger überhaupt sein gesammtes Interesse moram factam non esse.

Das ist hart, denn der Vermächtnissnehmer geniesst ja nur Vortheile aus der Erbschaft, daher wäre es doch billig, dass er auch die Schwierigkeiten mittrage, die etwa aus der mangelhaften Führung der Bücher des Erblassers entspringen, oder überhaupt mit der Ordnung des Nachlasses in Zusammenhang stehen.

Diesen Erwägungen verschliesst sich der Prätor nicht, und desshalb kommt er dem Erben zu Hülfe: er zwingt den Vermächtnissnehmer, welcher sofort befriedigt sein will, dem Erben zu promittiren, dass er, falls sich später ein geringerer Betrag für das Legat ergeben sollte, ihm die Differenz zurückzahlen werde, und dieses Versprechen durch Bürgen sicher zu stellen. fr. 31 ad L. F. 35. 2. Weigert der Vermächtnissnehmer sich, dieses alles zu thun, dann wird ihm die Klage denegirt.

Bei Erbschaftsschulden geht es dem Erben aber thatsächlich so, wie oben geschildert, denn dem Gläubiger legt der Prätor keinerlei Pflichten auf; natürlich, was geht das die Gläubiger an, dass der Verstorbene keine Bücher geführt, sie fordern nur das Ihrige und wollen keine Wohlthat aus der Erbschaft.

Ausserdem gewährt ja das beneficium deliberandi dem Delaten die Möglichkeit, sich über den Bestand der Erbschaft Gewissheit zu verschaffen, bevor er sich entschliesst dieselbe anzutreten, und das beneficium inventarii schützt ihn vor Nachtheilen, die ihm aus dem Erwerb der Erbschaft erwachsen könnten.

Was will dann aber die lex 42 de R. J. citata besagen, wenn sie nicht auf mora Bezug nimmt? Sehr einfach, sie spricht aus, dass der Erbe und der Bürge eine condictio indebiti haben, wenn sie auf eine Nichtschuld irrthümlich gezahlt haben.

Wir sehen also, der Satz, dass entschuldbarer Irrthum des debitor den Eintritt der mora abwende, ist in seiner Allgemeinheit zu weitgehend; für den Erben, der doch anerkanntermassen eine justa causa ignorantiae hat, gilt er nicht, und ich finde auch nirgend eine Entscheidung, in der diese Regel von den Juristen oder einem Kaiser im Einzelfalle zur Anwendung gebracht wäre.

Ganz zu verwerfen ist der entschuldbare Irrthum als Ausschliessungsgrund der mora jedoch nicht, wol aber bedeutend einzuschränken, und zwar nur auf einen einzigen Fall:

fr. 13 pr. dep. 16. 3. Paulus libro trigesimo primo ad edictum.
Si quis infitiatus sit non adversus dominum, sed quod eum qui rem depositam petebat verum procuratorem non putaret aut eius qui deposuisset heredem, nihil dolo malo fecit; postea autem si cognoverit, cum eo agi poterit, quoniam nunc incipit dolo malo facere si reddere eam non vult.

Aus dieser Stelle ergiebt sich meines Erachtens folgende Regel: Wenn die Person des Gläubigers sich etwa durch Erbgang oder

Cession geändert hat, oder der Gläubiger die Beitreibung der Forderung einem Vertreter übertragen hat, so cessirt die Verpflichtung des Schuldners zur sofortigen Erfüllung und damit auch der Eintritt der mora solange, als der successor resp. procurator sich nicht legitimirt.

In Anlehnung an jene von der herrschenden Meinung gelehrte Regel wird man diesen Satz etwa so formuliren können:

> Mora tritt solange nicht ein, als der debitor sich in einem durch den Gläubiger schuldhaft oder schuldlos veranlassten Irrthum bezüglich der Schuld befindet.

Dieses entspricht auch der Billigkeit. Es ist zwar nicht ungerecht, den Schuldner auf Schadenersatz haften zu lassen, weil sein Erblasser die Bücher nachlässig geführt hat, denn er übernimmt ja die Erbschaft mit allen ihren Vorzügen und Mängeln und muss überhaupt facta defuncti praestare; aber es wäre unbillig und hart, den Schuldner für Nachlässigkeiten des Gläubigers, oder für Zufälle die in dessen Person eintreten, haften zu lassen: schickt daher der ursprüngliche Gläubiger einen unlegitimirten Vertreter, oder fordert der Erbe eine Nachlasschuld ein, ohne sich als Erbe ausweisen zu können, dann erscheint es selbstverständlich, dass er die Nachtheile selbst trägt, die ihm daraus erwachsen, dass der Schuldner als bonus pater familias unter solchen Umständen die Zahlung verweigert.

Wenn wir jenen von der herrschenden Lehre aufgestellten Satz, wie geschehen einschränken, dann enthält er auch nichts Neues mehr für uns, sondern ist nur ein Ausfluss des bereits oben dargestellten, auf fr. 17 § 3 de usur. resp. fr. 8 de N. F. u. fr. 122 § 3 de V. O. beruhenden, und gleichmässig für mora wie für Strafverfall geltenden Princips, welches seinen allgemeinsten Ausdruck, wie erwähnt, in den Worten des fr. 74 de R. J. findet:

Non debet alteri per alterum iniqua condicio inferri.

Aber jener Satz soll doch in seiner Allgemeinheit durch die lex 5 de R. C. anerkannt sein! und zweitens, wie erklärt es sich dann, dass mora nicht eintritt, wenn der Schuldner juste ad judicium provocat? Das soll im Nachstehenden untersucht werden.

fr. 5 de R. C. 12. 1. Pomponius libro vicesimo secundo ad Sabinum. Quod te mihi dare oporteat si id postea perierit, quam per te factum erit quominus id mihi dares, tuum fore id detrimentum constat. sed cum quaeratur, an per te factum sit, animad-

verti debebit, non solum in potestate tua fuerit id nec ne, aut dolo malo feceris quominus esset vel fuerit nec se sed etiam si aliqua justa causa sit, propter quam intellegere deberes te dare oportere.

Die übliche Erklärung dieser Stelle geht dahin: es seien hier als Voraussetzungen der mora genannt: Nichterfüllung einer wirksamen Schuld (quod — dare oporteat), Nichtvorhandensein der sogenannten subjectiven Unmöglichkeit (in potestate tua etc.) und Nichtvorhandensein eines entschuldbaren Irrthums (justa causa, propter etc.).

Gegen den ersten Punkt lässt sich nichts einwenden; was den zweiten anbelangt, so ist, glaube ich, die einzig mögliche Auffassung die bereits von der Glosse vertretene, dass nämlich „in potestate non est" die sogenannte objective Unmöglichkeit bedeute; zur Veranschaulichung sagt die Glosse: id est in rerum natura — und stellt sie gleich dem dari non posse der lex 91 § 1 de V. O. Dem kann nur zugestimmt werden, denn wie bereits erwähnt, kennt das römische Recht nur eine Art der Unmöglichkeit, und diese ist hier gemeint.

Behufs eingehender Besprechung des letzten Punktes bringe ich eine auf Wörtlichkeit nicht Anspruch machende Uebersetzung in Vorschlag:

> Wenn der Gegenstand, den Du mir schuldest, untergegangen ist, nachdem es an Dir gelegen hatte, dass Du ihn mir nicht gabst, so trifft der Schade bekanntlich Dich. Fragt man aber, ob es an Dir lag, so ist nicht nur zu berücksichtigen, ob der Gegenstand gegeben werden konnte oder nicht, oder ob Solches durch Deine Schuld vereitelt war oder nicht, sondern (es muss auch berücksichtigt werden) ob damals (als Du erfüllen solltest) ein Rechtsgrund vorlag, welcher zweifellos die Schuld begründete.

Auch hier halte ich mich an die Auffassung der Glosse; sie nennt als Beispiel zum intellegere debere folgende Anschauung des Schuldners: credebat se non teneri, quia scriptura non intervenit. Was heisst das? — Wenn die Forderung unverbrieft war und der debitor infolge dessen meinte nichts zu schulden, und auch nicht zahlte, dann steht dem Eintritt der mora nichts im Wege. Man könnte nun annehmen die Glosse wolle hier die hergebrachte Unterscheidung zwischen Rechts- und thatsächlichen Irrthum statuiren;

der letztere könne unter Umständen entschuldbar sein, der erstere niemals. Das liesse sich wol denken, wir finden aber, dass die Glosse einen anderen Unterschied ins Auge fasst: Sie sagt nämlich, hier trete mora nicht ein, weil jene Rechtsauffassung des Schuldners auf einer lata culpa beruhe d. h. weil die Gesetze Jedem bekannt sein müssen, so musste der Schuldner wissen, dass eine Forderung auch durch mündliche Vereinbarung begründet werden könne, denn dieses ist ein unstreitiger Rechtssatz und wer ihn nicht beachtet, begeht eine lata culpa. Damit wird doch offenbar der Auffassung Raum gegeben, es könne auch eine von der Beurtheilung des entscheidenden Richters abweichende Beurtheilung der in Frage kommenden Rechtsmaterie gedacht werden, welche dem Eintritt der mora ausschliesse: Mit dem argumentum e contrario werden wir die Glosse dahin ergänzen können, dass mora nicht eintrete, wenn die in Betracht kommende Rechtsfrage weder im Gesetz noch in der Jurisprudenz eine allgemein anerkannte Entscheidug gefunden hat, sodass in dem Glauben des Schuldners, er sei zur Zahlung nicht verpflichtet, eine culpa nicht gesehen werden kann.

Dieses scheint mir die Ansicht des Pomponius gewesen zu sein.

Ueber uns Moderne haben diese Erwägungen allerdings keine Macht, denn wir rühmen uns, dass das heutige Recht, für den Juristen wenigstens, keine Lücken habe. Ob aber auch die römischen Juristen so vermessen dachten, erscheint mir mehr als zweifelhaft; jedenfalls ergiebt sich das nicht aus der äusserst bescheidenen Form, in die sie ihre Aussprüche kleideten: ‚sed mihi verius videtur‘ ‚quod magis verum esse videtur‘ und dem Aehnliches.

Sollten sie da nicht auch die Möglichkeit zugegeben haben, dass selbst der unübertrefflichste pater familias, welcher seinen staatsbürgerlichen Pflichten gemäss die entlegensten Bestimmungen des Rechts kannte, doch da im Zweifel sein könne, ob er zur Zahlung verpflichtet sei oder nicht, wo die grössten Juristen seiner Zeit sich in zwei feindliche Lager theilten; und sollten sie ihm wirklich bei Androhung der schweren Folgen der mora zugemuthet haben, dass er in seinem stillen Drange sich desjenigen Weges bewusst sei, welchen d i e Partei, der der erkennende Richter zufällig angehörte — für den rechten hielt?

Ich glaube gerade hiergegen richtet sich Pomponius; sein Gedanke ist darnach folgender: Der Eintritt der mora wird nicht nur

dann gehindert, wenn die Erfüllung unmöglich wird, sondern auch dann, wenn es nach objectivem Recht nicht feststeht, ob eine Schuld überhaupt begründet sei, und der debitor — in der Meinung nichts zu schulden — die Zahlung verweigert.

Dieser Sinn lässt sich meines Erachtens auch unschwer in unserer lex erkennen, wenn man nämlich im letzten Satze die Worte 'justa causa propter quam' nicht auf 'intellegere deberes', sondern auf 'te dare oporteat' bezieht, und die Worte 'intellegere deberes' als eine Einschaltung in der Bedeutung von 'offenbar', 'wie Jeder einsehen muss' auffasst; darauf deutet meines Erachtens auch die Form hin; deberes heisst nicht: Du musstest wirklich einsehen, — sondern: Du hättest einsehen müssen, wenn eine Bedingung eingetreten wäre, deren Eintritt nicht behauptet wird; diese Bedingung ist hier, dass die schuldbegründende Thatsache dem debitor bekannt war, was, wie wir gesehen haben, für die mora irrelevant ist. Andrenfalls hätte es heissen müssen 'debes' oder debebas' (vgl. Meiring, lat. Grammatik, Bonn 1869 Cap. 94 § 640. 1. u. 643).

Bei dieser Auffassung erhält auch das Wort 'justa causa' einen viel besseren Sinn; nämlich den einer schuldbegründenden Thatsache, während wir nach jener anderen Auffassung zu dem, den Quellen gänzlich fremden, Begriffe einer justa causa scientiae gelangten. So hätten wir denn einen Satz gefunden, der in directem Gegensatz zur herrschenden Lehre steht, es hiesse dann: Ob Du diejenige Thatsache, auf welche der Gläubiger sein Recht gründet, kennst oder nicht, darauf kommt nichts an, wol aber darauf, ob jene Thatsache nach unstreitig feststehendem Rechte wirklich jene Schuld begründe.

Damit erledigen sich denn auch jene Stellen, welche von der die mora ausschliessenden Processbereitschaft des Schuldners reden. Liegt nämlich eine solche unentschiedene Rechtsfrage vor (z. B. Gajus Inst. 3 § 103) dann ist der Schuldner nicht berechtigt rundweg die Zahlung zu verweigern, sodass der Gläubiger garnicht weiss, was er davon zu halten hat, sondern er muss dies vielmehr motivirt thun, indem er etwa sagt: Dein Anspruch scheint mir nicht begründet, ich theile die Ansicht jener Gelehrten, die zu meinen Gunsten entscheiden, es wäre daher das Beste, wir riefen die Entscheidung des Richters an, ich bin jederzeit bereit, den Process in dieser Sache aufzunehmen.

Da haben wir die optima ratio, die justa provocatio, und da sehen wir den Schuldner als einen paratus judicium accipere.

Hierbei ist noch zu bemerken, dass das freiwillige Erbieten des Schuldners, sich auf den Process einzulassen, im römischen Recht — gegen heute — einen grossen Vortheil für den Gläubiger bedeutete. Heute ist es uns ziemlich gleichgültig, ob unser Schuldner bereit ist, den Process aufzunehmen oder nicht: wir lassen ihn einfach laden; bleibt er uns, so wird er contumacirt. Anders war es zu Rom in der ältesten Zeit; gelang es dem Gläubiger nicht, den Schuldner wenigstens einmal mit Güte oder Gewalt vor den Prätor zu stellen, so konnte er eine Verurtheilung nicht erwirken.[2]) Das alte jus civile war eben ein Recht der Grossen und Mächtigen.

Nach allem Obigen soll also jedesmal, wenn ein Fall vorliegt, dessen rechtliche Beurtheilung objectiv nicht feststeht, d. h. über welchen Gesetz, Edict, oder die Lehren der prudentes eine sichere Auskunft nicht ertheilen, der Schuldner ohne Gefahr der mora ein Recht auf richterliche Entscheidung haben.

Dass dieses Recht mit der Entschuldbarkeit des Rechtsirrthums nichts gemein hat, braucht wohl nicht dargethan zu werden.

Wenn wir nun diese Frage für die mora als erledigt betrachten dürfen, so erübrigt noch die Hauptsache, nämlich wie es sich in dieser Beziehung mit dem Verfall der Conventionalstrafe verhält; denn um unsere Parallele vollkommen durchzuführen, müssen wir das hier Dargelegte auch als für die Pönalstipulation geltend nachweisen.

Die Frage ob der entschuldbare Irrthum bezüglich der Existenz und des Umfanges der Hauptobligation den Verfall der Strafe ausschliesse, ist bereits oben verneinend beantwortet, und zwar in vollkommenster Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre. Es würde sich daher nur darum handeln, ob jenes soeben dargestellte Recht des Schuldners, die Entscheidung eines objectiv nicht feststehenden Rechtsatzes dem Richter anheimzugeben — in derselben Weise den Strafverfall hindere, wie es den Eintritt der mora ausschliesst?

Eine bejahende Antwort ergiebt sich meines Erachtens ganz unzweifelhaft aus den oben entwickelten Prinzipien.

[1]) vgl. v. Keller, Der römische Civilprocess, § 49.

Wir haben gesehen, dass die condicio poenae nichts Anderes ist, als die Nichterfüllung des Hauptvertrages; nur dann soll die Strafe verfallen, wenn der Schuldner etwas thut, was er nach dem Hauptvertrage nicht thun darf, oder wenn er etwas unterlässt, was er nicht unterlassen darf; wenn es daher richtig ist, dass es dem Schuldner unter Umständen erlaubt sein soll, anstatt zu zahlen die richterliche Entscheidung anzurufen, so wird man auch nicht sagen können, dass die condicio poenae sich dadurch erfülle, denn der Schuldner hat nichts gethan, was er nach dem Hauptvertrage nicht thun durfte.

§ 17. Fortsetzung. Die Interpellation als Voraussetzung des Verzuges und des Strafverfalles.

Wir gehen nunmehr auf den letzten Punkt über, in welchem nach der herrschenden Meinung eine Verschiedenheit zwischen den Voraussetzungen der mora und denen des Strafverfalls bestehen soll.

Es wird nämlich gelehrt: Mora trete stets nur dann ein, wenn der Schuldner trotz gehörig geschehener Mahnung nicht erfüllt habe, dieses erleide auch da keine Ausnahme, wo für die Erfüllung ein fester Termin gesetzt war; — zum Verfall der Strafe werde dagegen eine Mahnung überall nicht gefordert, sei es, dass das Hauptversprechen befristet, sei es dass es unbefristet ertheilt worden ist." [1])

Dass der im gemeinen Recht zur Geltung gelangte Satz „dies interpellat pro homine" in seiner Allgemeinheit entschieden unrömisch ist, darf ich wol als feststehend voraussetzen, und es kann gesagt werden, dass im römischen Recht bei befristeten Obligationen der Ablauf der Frist im Zweifel keine weiteren Folgen hatte, als

---

[1]) So namentlich: Unterholzner a. a. O. I, 123[b]. Savigny, Das Obligationenrecht, II, § 80 m. Wolff a. a. O. S. 51 f. f. Vangerow a. a. O. III, § 614 Anm. 3. Sintenis a. a. O. § 88 Anm. 12 i. f. Uellenberg, De poena conventionali, S. 26. Arndts, Pandecten, § 211. Windscheid a. a. O. II, § 285, S. 108 u. Nettelbladt a. a. O. S. 56. Dagegen wird bei unbefristetem Hauptvertrage zum Verfall der Strafe stets Mahnung gefordert von: Mühlenbruch, Pandecten, II, § 340 Anm. 9 „dass .... in Ermangelung eines bestimmten Leistungstermines, eine Mahnung voraufgehen müsse, versteht sich von selbst. Cujacius, In quaest. Papiniani ad l. 115 de V. O. und Dernburg, Pandecten, II, § 46 Anm. 9.

dass die Obligation nunmehr als unbefristete erschien, und mithin eine Mahnung erforderlich blieb, um den Schuldner in Verzug zu setzen.

Nach der fast übereinstimmenden Ansicht der bedeutendsten Schriftsteller [1]) gab es jedoch auch schon nach reinem römischen Recht Fälle, in denen zufolge der Parteiabsicht die mora einfach mit dem fruchtlosen Ablauf des Termins eintrat. Ein alle diese Fälle umfassendes Prinzip wird sich bei dem mangelhaften Quellenmaterial in dieser Frage wol kaum finden lassen; das kann auch hier meine Aufgabe nicht sein, für den vorliegenden Zweck muss die Feststellung der Thatsache genügen, dass die Römer einen freiwilligen Verzicht auf die Mahnung unter Umständen anerkannten.

Für die Conventionalpön ist in dieser Beziehung massgebend:

const. 12. de C. et C. stip. 8. 37. Imp. Justinianus A. Menae pp. Magnam legum veterum obscuritatem quae protrahendarum litium maximam ocasionem usque adhuc praebebat, amputantes sancimus, ut, si quis, certo tempore facturum se aliquid vel daturum se stipuletur vel quae stipulator voluit promiserit et addiderit, quod si statuto tempore minime haec perfecta fuerint certam poenam dabit, sciat minime posse ad evitandam poenam adicere quod nullus eum admonuit: sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro tenore stipulationis fiet obnoxius, cum ea quae promisit ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari poscere debeat.

In dieser Stelle glauben einige Schriftsteller die Bestätigung der Ansicht zu finden, dass zum Verfall der Strafe eine Mahnung überall nicht nöthig sei; dass eine so allgemeine Regel hier nicht ausgesprochen sei, leuchtet aber auf den ersten Blick ein, es handelt sich offenbar nur um befristete Obligationen, denen eine ganz bestimmt gefasste Strafclausel beigefügt ist.

Eine Pönalstipulation kann, soweit Solches hier in Betracht kommt, folgende Fassungen haben.

1. Spondense mihi hominem Stichum dare, et si datus non erit C. poenae nomine dare?
2. Spondesne mihi kalendis Martiis proximis hominem Stichum dare, et si datus non erit poenae nomine C. dare?

---

[1]) So Vangerow a. a. O. III, § 588, S. 208 u. Windscheid a. a. O. II, § 278 Anm. 2. Dagegen allerdings Dernburg a. a. O. II, § 40 Anm. 14.

3. Spondesne mihi kalendis Martiis proximis hominem Stichum dare, et si statuto tempore datus non erit, poenae nomine C. dare?

Bei der ersten Fassung ist bezüglich des Leistungstermins der Hauptobligation keine Bestimmung getroffen, wesshalb denn hier Alles der Interpretation überlassen bleibt.

Bei der zweiten Fassung ist zwar für die Hauptleistung ein Termin gesetzt, es ist aber nicht ausdrücklich gesagt, dass die Strafe verfallen solle, wenn an jenem Tage nicht bereits geleistet worden ist, ohne dass eine Mahnung erfolgt wäre; daher lässt sich auch hier die Frage nach dem Zeitpunkt des Strafverfalls nicht ausschliesslich aus dem Wortlaut der stipulatio entscheiden, sie bleibt vielmehr gleichfalls der Interpretation überlassen.

Am genauesten sind die Bestimmungen in der unter 3 genannten stipulatio gefasst; hier ist ausdrücklich gesagt, die Hauptleistung solle an einem bestimmten Tage bewirkt, und die Strafe als verfallen betrachtet werden, wenn an diesem bestimmten Tage die Leistung nicht bereits bewirkt worden sei.

Wenn man genauer zusieht, wird man erkennen, dass die Justinian'sche Constitution nach ihrem klaren Wortlaut nur diesen letzten Fall im Auge hat, und so aufgefasst, besagt sie eigentlich etwas ganz Selbstverständliches: denn wenn ich durch Vertrag eine Rechtsfolge daran knüpfe, dass eine Leistung an einem bestimmten Tage nicht bereits bewirkt worden ist, so wird man schlechterdings nicht sagen können, ich hätte nnr festsetzen wollen, dass von diesem Tage und nicht früher jene Leistung gefordert werden dürfe; das widerspräche doch der Form meiner Willenserklärung ganz strict.

Will man daher nicht annehmen, dass Justinian sich damit die Zeit vertrieben habe, Selbstverständliches in Gesetzesform zu kleiden, so drängt sich uns der Schluss auf, dass die Absicht dieses Gesetzes gewesen sei, nur bei den unter 3 genannten stipulationes die Mahnung für nicht erforderlich zu erklären und für die unter 1 und 2 erwähnten stipulationes das Gegentheil zu statuiren; und so müssen wir denn annehmen, Justinian habe den Verfall der Strafe ohne Mahnung ausdrücklich auf diejenigen Fälle beschränkt, wo für die Hauptleistung ein Termin gesetzt und weiter bestimmt war, dass die Strafe als verfallen zu betrachten sei, wenn jener Termin verstrich, ohne dass die Leistung erfolgte.

Daraus folgt aber auch, dass die von Justinian erwähnten, die Processe verschleppenden, Streitigkeiten der Aelteren sich nicht auf die Frage bezogen haben, ob bei der unter 3 genannten stipulatio zum Verfall der Strafe Mahnung erforderlich sei, oder nicht — darüber werden wol alle im Sinne Justinian's einig gewesen sein; vielmehr werden einige, veralteten Anschauungen huldigende Juristen der Ansicht gewesen sein, dass zum Verfall der Strafe in allen, auch in den sub 1 und 2 genannten, Fällen Mahnung nicht erforderlich sei, sie deducirten: Die Pönalstipulation ist ein selbstständiger Vertrag und kann nur aus seinen eigenen Worten interpretirt werden, daher darf weder Mahnung, noch überhaupt Verzug bezüglich des Hauptvertrages verlangt werden. Diesen Anschauungen wollte Justinian, im Einklang mit der ganzen Entwickelung des späteren Rechts, entgegentreten, indem er diejenigen Fälle genau bezeichnete, in denen ausschliesslich der Strafverfall ohne Mahnung eintreten soll.

Dass die Motive unserer Constitution diese Auslegung wenig unterstützen, wird für denjenigen nicht schwer ins Gewicht fallen, dem die mangelnde Uebereinstimmung zwischen Tenor und Motiven in den Justinian'schen Gesetzen eine bekannte Erscheinung ist.

Die soeben angedeutete Entwickelung der Pönalstipulation aus einem unabhängigen selbstständigen Vertrage zu einer abhängigen Contractsclausel, lässt sich am deutlichsten wahrnehmen in dem fr. 115 § 2 de V. O. 45. 1. Papinianus libro II quaestionum:

> Item si quis ita stipuletur: 'si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?' Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desiisset posse Pamphilus dari. Sabinus autem existimabat ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari confestim agendum et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quominus hominem daret, idque defendebat exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam.
>
> itaque potest Sabini sententia recipi, si stipulatio non a condicione coepit, veluti 'si Pamphilum non dederis tantum dare spondes?' sed ita concepta sit stipulatio: 'Pamphilum dari spondes? si non dederis tantum dari spondes?' quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut, si homo datus non fuerit, et

homo et pecunia debeatur. sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit, quoniam fuisse voluntas probatur ut homo solvatur aut pecunia petatur.

Papinianus berichtet uns hier über eine Meinungsverschiedenheit zwischen Pegasus und Sabinus, ohne jedoch ganz unzweideutig anzugeben worum sich der Streit gedreht habe.

Liebe, Die Stiputation S. 311 f. und Salkowski, Zur Lehre von der Novation S. 198 nehmen an, die beiden Juristen hätten über die Interpretation der einfach bedingten stipulatio: 'si Pamphilum non dederis centum dare spondes?" gestritten; dieses ist, glaube ich, nicht richtig. Wäre dem so, dann liesse sich gegen die Entscheidung des Pegasus schlechterdings Nichts einwenden, denn eine Bedingung, die in der Nichtvornahme einer Handlung besteht, kann natürlich erst dann als erfüllt gelten, wenn die Vornahme dieser Handlung unmöglich geworden ist[1]) — darüber herrscht Einigkeit und auch Sabinus kann nicht anders gedacht haben. Wenn daher gesagt wird 'Sabinus autem existimabat etc.' d. h. Sabinus ist anderer Ansicht, so muss offenbar der status controversiae auch ein anderer gewesen sein. Worin er aber bestanden, das ergiebt sich unzweideutig aus dem angezogenen Vergleich: 'idque defendebat exemplo penus legatae'. Ueber die penus legata bestand ein Streit unter den römischen Juristen: Lautete das Vermächtniss 'heres meus Sejo penum dato, si non dederit, decem dato' dann lag nach der Ansicht des Paulus ein wirkliches Vermächtniss von Lebensmitteln vor, d. h. die letzteren waren in obligatione (fr. 1 § 8 ad L. F. 35. 2 und fr. 24 quando dies leg. 36. 2) Ulpianus, Marcellus (fr. 1 de penu leg. 33. 9) und Julianus (fr. 19 quando dies leg. 36. 2) waren dagegen der Ansicht, dass in diesem Falle nur ein Vermächtniss auf decem vorliege, und die Lebensmittel nur in praestatione seien; — darüber aber waren alle einig, dass in den Worten 'si penum non dederit, decem dato' ein Vermächtniss von Lebensmitteln nicht gesehen werden könne, auch Paulus betont dieses ausdrücklich: fr. 1 § 8 i. f. cit.:

. . . . idemque erit et si ab initio ita legatum datum sit 'si penum non dederit, decem dato' quia hic penus non est legata et penus si datur, mortis causa capitur, quia deficit legati condicio.

---

[1]) vgl. Dernburg, Pandecten, I, § 110 Anm. 2.

Diese Entscheidung enthält etwas so Selbstverständliches, dass wir mit Bestimmtheit behaupten dürfen, weder Sabinus, noch der von ihm citirte Mucius, noch Papinian, hätten in jenen Worten die Anordnung eines legatum penoris erblickt. Daher kann Papinianus, wenn er in Beziehung auf Sabinus sagt: 'idque defendebat exemplo penus legatae' nur gemeint haben: Sabinus stützt seine Meinung auf eine übereinstimmende Entscheidung des Mucius, welche dieser bezüglich eines Vermächtnisses getroffen hat, welches lautete: heres meus Sejo penum dato, et si non dederit, decem dato'. — Denn andrenfalls, wenn das Vermächtniss nur ein einfach bedingtes gewesen wäre, hätte es Niemandem einfallen können, von einer penus legata zu reden.

Wir kehren zur Interpretation unserer lex 115 § 2 zurück: Sabinus stellt einen Vergleich an; zwei ganz identische Dinge brauchen nicht erst verglichen zu werden, es ist also nöthig, dass sie sich in irgend etwas unterscheiden; das liegt hier vor: Mucius spricht von einem Legat, Sabinus von einer Stipulation; es fehlt jetzt noch der Vergleichspunkt, das Gleichartige; wir müssen also fragen wie soll die Stipulation beschaffen sein, damit sie ein Analogon zu jenem Legat bilden könne? Kann sie etwa eine einfach bedingte gewesen sein, und gelautet haben: 'si Pamphilum non dederis centum dari spondes?' Gewiss nicht, denn das Legat von dem Mucius spricht, war — wie wir sehen — nicht einfach bedingt, sondern es lag ein Vermächtniss von Lebensmitteln und eventuell eines von 10,000 Sesterzien vor. — Wie aber dann? Die Antwort ergiebt sich jetzt, glaube ich, von selbst: Die Stipulation von der Sabinus redet lautete: Pamphilum dari spondes, et si non dederis tantum dari spondes? Es ist also eine Pönalstipulation. Ferner sehen wir, dass Pegasus und Sabinus verschiedener Meinung waren; von einer Meinungsverschiedenheit kann aber nur dann die Rede sein, wenn zwei Personen über dieselbe Sache anderer Meinung sind. Daraus ergiebt sich wiederum, dass auch Pegasus eine Pönalstipulation d. h. eine solche mit einem Hauptvertrage — im Auge hat.

Widersprechen dem nicht aber die Eingangsworte unserer lex 115 § 2? Ich glaube nicht; meines Erachtens liegt die Sache so: Titius als Promittent und Sejus als Stipulator haben die oben beschriebene Pönalstipulation abgeschlossen; nachdem letzterer vergeblich darauf gewartet hat, dass ihm der Pamphilus übergeben

werde, hält er es für angezeigt den Titius auf die Strafzahlung zu belangen; zunächst bittet er jedoch den Pegasus um ein mündliches Gutachten; dieser fragt ihn: lebt Pamphilus denn noch? Allerdings! Nun, fährt Pegasus fort, dann kann von Verfall der bedingten Stipulation nicht die Rede sein, denn eine negative Bedingung gilt dann erst als erfüllt, wenn es gewiss geworden ist, dass die als Bedingung gesetzte Thatsache nicht eintreten werde, und soweit ist es noch nicht. — Aber, wendet Sejus ein es handelt sich ja hier um eine Pönalstipulation, ich habe ja auch zugleich einen Hauptvertrag auf Uebergabe des Pamphilus geschlossen, da dieser unbefristet ist, so ist der Titius nach der Regel 'quod sine die debetur, statim debetur' schon längst contractbrüchig, und ich habe bisher geglaubt, dass die Conventionalpön eine Strafe des Contractbruches sei. Pegasus erwidert: Das ist irrig, der Hauptvertrag ist eine Sache für sich, die Pönalstipulation ist mit einer eigenen Klage ausgerüstet, sie ist formell selbstständig und kann daher nur nach ihrem eigenen Wortlaut interpretirt werden; mithin ist es ganz gleichgültig, ob eine bedingte Stipulation für sich allein dasteht, oder ob auf das Gegentheil der in condicione befindlichen Unterlassung ein anderer Vertrag geschlossen ist; das ist eben ein anderer Vertrag — wir aber sprechen jetzt nur von der bedingten Stipulation.

Sejus ist von diesem Gutachten gar nicht befriedigt und wendet sich nunmehr an den Sabinus. Nachdem dieser zwei Fragen an seinen Clienten gerichtet, entscheidet er: postquam homo potuit dari, confestim agendum, et tamdin ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quominus hominem daret.

Wie die erste Frage des Sabinus gelautet, ist klar: er erkundigte sich, ob nicht ein bei Abschluss der Stipulation vorliegender, dem Stipulator bekannter Umstand, der die Uebergabe des Pamphilus unmöglich machte — noch zur Zeit fortdaure.

Wie mag aber die zweite Frage gelautet haben? Das ergiebt sich aus der zweiten Bedingung, von der er seine Entscheidung abhängig macht in Verbindung mit

fr. 23 de V. O. 45. 1, Pomponius libro IX ad Sabinum(!)

Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas, non aliter post mortem ejus tenearis mihi, quam si per te ste-

terit, quominus vivo eo eum mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti aut occidisti eum.

Jetzt wissen wir, was Sabinus noch gefragt hat: Hast Du denn Deinen Schuldner auch gemahnt, ist er denn auch mit der Uebergabe des Pamphilus in Verzug?

Das per promissorem stare, quominus bedeutet also im Munde des Sabinus nichts Anderes als: mora debitoris.

So sehen wir, dass sich der Umschwung in der Auffassung der Pönalstipulation aus starrem Formalismus in eine freie Berücksichtigung der Parteiabsicht schon in sehr früher Zeit vollzogen hat.

Für die Beurtheilung aller bedingten Stipulationen steht dem Pegasus nur ein einseitiges Schema zur Verfügung, und es gilt ihm gleich, ob die Stipulation für sich allein dasteht, oder ob auf das Gegentheil der in condicione befindlichen Unterlassung ein Hauptvertrag geschlossen ist.

Papinian beschränkt denn auch die Ansicht des Pegasus auf die einfach bedingte Stipulation.

Sabinus entscheidet: Der Sinn eines Vertrages wird nicht durch die Form allein bestimmt; sondern auch durch die übereinstimmende Absicht der Contrahenten, insoweit letztere in der gewählten Form nur irgendwie zum Ausdruck gelangt; wird daher ein Contract auf mehrere Leistungen geschlossen, so darf derselbe zum Zwecke der Interpretation nicht in lauter einzelne unzusammenhängende Verträge zerhackt werden, sondern er ist als ein organisches Ganzes aufzufassen, dessen Gesammtinhalt nur aus dem Zusammenhange aller Theile zu ermitteln ist; und wiederum kann der Inhalt des einzelnen Theiles nur erkannt werden in seiner Beziehung zu den anderen Theilen; namentlich aber stehen Hauptversprechen und Pönalstipulation in dem Verhältniss zu einander, dass die zweite verfällt, wenn die aus dem ersten entspringende Verbindlichkeit verletzt ist.

Für die Pönalstipulation billigt Papinianus die Ansicht des Sabinus. Sehr treffend bemerkt Salkowski[1]) a. a. O. S. 199 nach der von Papinianus recipirten Auffassung des Sabinus müsse „die Bedingung der Pönalstipulation nun folgendermassen verstanden werden:

---

[1]) Es ist nur zu bedauern, dass Salkowski nicht überall die Consequenzen dieses scharfsinnigen Satzes zieht.

si illud, postquam per te steterit, quominus dares, non dederis" das heisst nach Obigem zu Deutsch: wenn Du mit der Erfüllung des Hauptvertrages in Verzug gerathen bist.

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich nun, dass

1. die mora debitoris in der Regel nur dann eintritt, wenn der Schuldner gemahnt worden ist; — die Mahnung ist aber für den Verzug nicht eine condicio sine qua non, vielmehr können die Parteien durch Privatwillkür dieses Erforderniss beseitigen — und dass
2. auch für den Strafzerfall eine Mahnung des Schuldners erforderlich ist, was aber gleichfalls durch Privatwillkür abgeändert werden kann.

Soweit wäre denn nachgewiesen, dass überall, wo der Verfall der Strafe ohne Mahnung eintritt, dieses sich nicht aus der besonderen Natur der Pönalstipulation überhaupt — sondern nur aus der Form der Willenserklärung[1]) und den allgemeinen für die mora bestehenden Grundsätzen erklärt, und wir können, nachdem die letzte Scheidewand gefallen ist, das gefundene allendliche Resultat dieses Abschnitts in die Worte zusammenfassen:

> Ist in einem gültigen Vertrage eine Handlung ausbedungen, und auf die Nichtvornahme derselben eine Strafe gesetzt, so verfällt die letztere, wenn der Schuldner mit der Erfüllung des Hauptvertrages in Verzug geräth.

§ 18. Nachträgliche Bemerkungen über den Verfall der Strafe, wenn dieselbe auf die Nichterfüllung eines Vertrages steht, in welchem eine nicht vermögenswerthe Leistung ausbedungen ist.

Im Bisherigen haben wir einer bestimmten Art von Verträgen keine Berücksichtigung zu Theil werden lassen; es sind dieses die Verträge auf eine an sich nicht vermögenswerthe Leistung. Wir haben gesehen, dass dieselben auch nach römischem Recht vollkommen gültig waren, dass aber eine Klage aus denselben beim judex nur dann durchgesetzt werden konnte, wenn der stipulator durch besondere — sei es beim Abschluss vorliegende, sei es

---

[1]) Da im heutigen gemeinen Recht der Satz 'dies interpellat pro homine' vollständig durchgedrungen ist, und bei allen Obligationen, die auf einen bestimmten Tag lauten, eine Mahnung nicht erforderlich ist, so muss consequent dahin entschieden werden, dass auch die auf Seite 123 sub 2 genannte Pönalstipulation heute ohne Mahnung verfällt.

später eintretende — Umstände ein mittelbares Vermögensinteresse an der Erfüllung erhielt, sodass pro casu die Nichterfüllung ihm einen Vermögensschaden verursachte.

Sind nun solche besondere Umstände im einzelnen Falle vorhanden, und erfüllt der Promittent sein Versprechen nicht — dann geräth er in Verzug. Wenn also ein solcher Vertrag mit einer Pönalstipulation versehen ist, und der Schuldner die Hauptleistung verweigert, während der Gläubiger ein mittelbares Vermögensinteresse an derselben hat — dann treten auch hier Verzug nnd Strafverfall gleichzeitig ein.

Wir haben aber oben gesehen, dass nach fr. 38 § 17 i. f. de V. O. cit. die Strafe auch dann verfällt, wenn der stipulator an der Erfüllung des Hauptvertrages nachweislich keinerlei Interesse hat, und er somit aus dem Hauptvertrage eine Klage gegen den Schuldner nicht durchsetzen kann.

Im Hinblick auf das fr. 88 de R. I. cit.: Nulla intelligitur mora ibi fieri ubi nulla petitio — müsste man doch prima facie sagen, dass in einem solchen Falle mora nicht vorliege, und dass das zu Ende des vorigen § aufgestellte Prinzip hinfällig werde.

Das ist jedoch nur scheinbar.

Zum Verständniss des fr. 88 cit. müssen wir uns den Hergang des römischen Processes vergegenwärtigen: Der Kläger erschien mit dem Beklagten vor dem Prätor, behauptete den Abschluss eines bestimmten Vertrages und bat um die entsprechende formula. In unseren Fällen handelt es sich stets um eine stipulatio faciendi; daher behauptete der Kläger, dass der Beklagte ihm ein bestimmtes facere zugesagt habe und bat um Ertheilung der formula: Quod A^{s} A^{s} de N^{o} N^{o} incertum stipulatus est, qua de re agitur, quidquid ob eam rem dare facere oportet rel. — er beanspruchte also sein Interesse; dass ein solches auch an einer nichtvermögenswerthen Leistung bestehen konnte, wissen wir, desshalb stand nichts im Wege, dem Kläger die erbetene formula zu ertheilen. Es fragt sich nur, was der Prätor that, wenn Numerius den Einwand erhob: Der Aulus hat gar kein Interesse an der Erfüllung, desshalb bitte ich ihm die formula zu verweigern.

Sollte man annehmen, dass der Prätor sich darauf eingelassen hätte?

Gewiss nicht! Wir haben ja gesehen (S. 52 f. f. fr. 32 loc. und 8 § 6 mand.) dass der Gläubiger auch an der Vornahme einer an

sich vermögenswerthen Leistung bisweilen kein Interesse haben kann, und dann hätte der Prätor auch hier jenen Einwand hören und prüfen müssen, was doch offenbar nicht der Fall war, da ja sonst der Verschleppung der Processe Thür und Thor geöffnet, und der judex bei allen Klagen auf das Interesse eigentlich überflüssig geworden wäre.

Der Prätor wird also geantwortet haben: Das geht mich nichts an, ich ertheile die Klage ja nur auf den Betrag des Interesse, liegt ein Interesse nicht vor, so wirst Du auch zur Erstattung eines solchen nicht verurtheilt werden; bringe desshalb Deine Einwände beim judex vor, denn dieser hat das Vorhandensein und die Höhe des Interesse zu prüfen. — Eine formula wurde dem Kläger also ertheilt.

Wenn sich nun aber in judicio herausstellte, dass der Kläger kein Interesse habe, dann wurde der Beklagte gewiss nicht verurtheilt, aber der judex musste doch anerkennen, dass die intentio: Der Beklagte müsse das Interesse leisten — sich bewahrheitete — nur dass pro casu ein Interesse nicht vorliegt. Mit anderen Worten die Klage ist nicht unbegründet, es fehlt nur an einem Gegenstand der Verurtheilung; dasselbe liegt aber auch vor, wenn z. B. der Verpächter auf agrum colere klagt ohne ein Interesse zu haben, und doch wird man sagen müssen, der Pächter, welcher das Grundstück nich tbebaut, ist im Verzuge; freilich die gesetzlichen Wirkungen des Verzuges treten nicht ein, denn diese bestehen ja gerade darin, dass der Gegenstand der Verurtheilung erweitert resp. verändert wird — und an letzterem fehlt es, wie wir gesehen haben.

Das Vorhandensein des Verzuges wird aber im einzelnen Falle dadurch nicht ausgeschlossen, dass die regelmässigen Wirkungen desselben fehlen, ebenso wie die Klage auch dann an sich begründet ist, wenn zur Zeit für den Kläger ein Interesse nicht besteht.

Daher widerspricht es unserem obigen Prinzip nicht, dass die Pönalstipulation verfällt, wenn die mora wirkungslos ist und die Interessenklage nicht durchgesetzt werden kann — denn nur die Voraussetzungen der Klage auf die Strafe richten sich nach dem Hauptvertrage, der Gegenstand der Klage ist durch die Pönalstipulation gegeben.

Druck von Ehrhardt Karras in Halle a. S.

